De
emptione venditione et subministratione secundum jus mercatorium explanatio.

Dissertatio inauguralis, quam ad capessendos summos in utroque jure honores jureconsultorum Marburgensium ordini obtulit

B. Pescatore.

Fr. Schaeffer & Co.
librarii typis Rudolphi Schneideri imprimendam curaverunt.
Landsbergiae ad Vartam MDCCCLXXV.

Quae definiuntur in quarto libro codicis legum mercatoriarum Germaniae praecepta, inprimis ipsam pactionem atque effectum contractuum alienationem spectantium attinent, cumque art.[s] 277[s] extendat ea in eorum negotia, qui mercaturam non exercent, ipsius quarti libri definitiones in intimam juris civilis tendunt ditionem.

Ceterae codicis partes contra non definiunt nisi relationes quasi mere mercatorias, quae raro tangunt non mercantem, et eum tantum, qui ex libero arbitrio tales relationes cum jure mercatorio suscipere voluerit.

In quarto illo libro duae potissimum in quotidianae vitae consuetudine valentes pactiones uberius tractantur, emptio venditio et subministratio — Lieferung —, et rationibus definiuntur, quae haud parum recedunt a juris communis praeceptis in diversis territoriis Germaniae pollentibus.

Erunt nobis hujus discriminis causa diversae legum praescriptiones observandae, prout negotium aut mercatoriis legibus aut jure civili communi dijudicandum erit. Quod per se haud parvam jam affert difficultatem, quae maxime augetur, cum ab exordio negotii difficile plerumque discerni poterit, sitne causa mercatoria et codicis mercatorii legibus subdita, an causa mere civilis et secundum juris civilis praecepta definienda.

Clarius quam in aliis locis, in contractibus, qui alienationem intendunt, haec enitet juris diversitas, cum codex mercatoriarum legum emptionis venditionis indolem mercatoriam minime collocet in contrahentium personarum qualitatem, sive ambo, sive alter eorum facit mercaturam, sed finem respiciat, ad quem emptor mercem sibi parare studuit. art[s] 271[s].

Haec ambiguitas juris circa negotia, quae unicuique occurrunt quotidie, magnam affert deformitatem quotidianae vitae consuetudini, quam futurae leges tollere debent. In

1*

elaborando legum mercatoriarum codice, quod dolendum, nullo modo erat vitanda.

Tria principalia sunt genera juris communis, quae vigent in regionibus, in quibus promulgatus est codex noster, receptum jus Romanum, immutationes ejus in codicibus legum territorialium veluti jus civile Borussicum, Saxonicum, alia, et jus civile Gallicum, quod continetur codice Napoleonis adhuc valenti in Borussia rhenana, Palatia, Hassia rhenana.

Quod ad nos translatum est jus civile Romanorum, quamquam antiquissimis jam temporibus haud parvi momenti mercaturam faciebant Romani, attamen tenuiter et non nisi pro urgente necessitate mercaturae relationes explicavit.

Sane frequentissima navigatio in mari mediterraneo praemature jam coëgit Romanos circa maritimas causas jura firmare, licet ab origine civitatis romanae tales relationes maxime fuerint remotae a cognitione Romanorum, in quam sensim modo et gradatim intrabant. Juris igitur maritimi disciplinam instituendo excolendoque eas rationes, quae pertinent ad exercitorem, magistrum navis, legem Rhodiam de jactu, nauticum foenus et pecuniam trajectitiam in quendam perfectionis gradum conformaverunt Romani; cetera, quae ad jus mercaturae trahi possint valde imperfecta sunt.

Praeter institoriam actionem et jus nundinarum haud facile invenies juris mere mercatorii disciplinam.*)

Sunt vero aliae duae juris institutiones, condictio triticaria et actio de eo, quod certo loco dari oportet, quae ab initio sane ex necessitate commercii inventae, mox ad alia negotia referebantur.

Negotia, ex quibus primo dabatur utraque actio, non nisi negotia mercaturae magnae esse poterant, et sine dubio maxime ad similitudinem subministrationis accedebant.

Duae illae actiones, quamquam postea ad negotia non mercem sensu proprio et rem fungibilem, sed rem specialem continentia translatae sunt, tamen dilucide ostendunt extentionem talem propriae indoli, ad aestimationem mercis accomodatae, minus congruam fuisse.

Triticariae nomen haec jam satis docet. Cujus momenti

*) Liceat nobis allegare L. 5, §. 15 D. de tributor. act. 14. 4, L. 2 pr. D. de periculo et commodo rei venditae 18. 6.

in rebus commercii esset, Gajus libro 9. ad edictum provinciale — L. 4, D. de cond. tritic. 13. 3. clarius exposuit. Quod si legis fragmentum, sponte accipere possis fontem articuli 357[i] codicis nostri dispositionum de negotiis mercium subministrandarum die certo — negotia fixa, Fixgeschäfte — in condictione triticaria esse agnoscendum.

Similem mercaturae et in diversis emporiis praesentis pecuniae pretii rationem enuntiat L. 3 D. de eo, quod certo loco 13. 4. Ignorare non possumus Gajum hoc loco mercaturas respicere externas atque nummorum jactationem ex diversis locis et temporibus, quam hodie vocant „Cours et Diskonto."

Jus civile Germanicum haud alia contractuum mercatoriorum ad alienationem tendentium excoluit genera, quam jus Romanum, idemque valet in codice Napoleonis, qui negotia illa inter juris communis tractat praecepta.

Jus quoque Borussicum negotia mercatoria minime distinguit ab aliis negotiis, quae extra mercaturae commercium alienationem intendunt, exempto uno, cui nomen dedit, — contractum subministratorium — Lieferungsvertrag — quodque contractibus adnumerat, quorum caput in faciendo positum est.

Graviter commutari debebant res, cum in diversis civitatibus, in quibus varia haec valebant jura, promulgandae erant communes leges mercatoriae. Codici talium legum ubique pollentium ex necessitate inserendae erant normae generales, quibus definiebantur paciscendi regulae atque vis negotiorum mercatoriorum, praecipue alienationem spectantium contractuum communi vitae consuetudini usitatissimorum.

Jmmutatum erat desuper novissimis temporibus commercium permultis rationibus, cum non modo novae juris mercatorii personae exstitissent ex conjunctione pecuniarum in societates consortes, quarum obligationes circumscriptae sunt certis partitionibus — Actiengesellschaften, — sed etiam ipsum commercium viarum ferrearum extentione in novas partes deflexum esset.

Oportuit negotia, in quibus mercatura adtingit vitae consuetudines, novis subjici legibus generalibus, neque fieri potuit, quin hae definitiones a territorialium legum ingenio permultis rationibus longius discreparent. Quas novas ordi-

nationes ad solos mercatores trahi potuissent, quorum tum negotia ex legibus mercatoriis dijudicanda fuissent, cum contra mercaturam non profitentes in omnibus suis negotiis communi civili jure porro fuissent usi.

Dissuasit vero, quae imminebat causarum perturbatio, cum idem negotium ex parte actoris forsan secundum jus mercatorium, ex parte rei secundum juris civilis normas dijudicandum fuisset, et comprobare debemus codicem nostrum singulam causam omnimodo uni maluisse addicere juri, aut mercatorio aut civili, ita ut unusquisque, sive sit mercator, sioe mercaturam non exerceat, modo uni modo alteri juri causam suam committere debeat.

Qua sola ratione relationibus istis firma procurari poterat conditio, simulac praeparabatur aequatio quaedam singulorum territorialium jurum quoad alias materias. Interea quidem in statum volavimus, qui proprias habet difficultates, cum negotia quotidianae vitae consuetudini usitatissima, modo his modo illis legum dispositionibus subjiciantur, neque quoquo casu certe possit intelligi, utri juri sint nexa.

Hae conditiones juris ad definitivam solutionem perducendae sunt in novo jure communi Germaniae civili, cujus lex imperii ex die 20° Dec. 1873. spem certam nobis ostendit.

Interea haud parvi momenti nobis videtur esse, desideratam illam juris aequationem praeparare explorando auctoritatem, quam obtineat atque obtinere debeat jus mercatorium in contractibus alienationem intendentibus, quamque jus civile, perpendendoque, quae constitutiones juris mercatorii ad hosce contractus pertinentes, in codicem juris communis sint transferendae, quae mercatoriis negotiis reservandae, quaeque omnino supprimendae.

Ad hanc meditationem praeparatoriam, quae conscripsimus, aliquid idonei pro facultatibus contribuere studuerunt quoad venditionem et subministrationem.

Progrediamur igitur in medias res et videamus, qualis sit emptio venditio mercatoria, quomodo perficiatur, quae sint ejus genera, quaeque sit vis et potestas.

Quartus codicis mercatoriarum legum liber nullo modo disciplinam expletam et perfectam sibi vindicat negotiorum et contractuum, verum nec plura nec ampliora praebiturus est, quam seriem singularum praescriptionum de ineundis negotiis mercatoriis eorumque vim atque effectum.

Emptioni venditioni quidem et subministrationi, quae ab illa separari commode nequivit, propriam partem in articulis 337^{0} — 359^{m} impendit, attamen hanc quoque disciplinam non nisi singulis, leviter inter se connexis explicat sententiis, quae vim atque plenam potestatem ex jure civili tantummodo, quod lacunas explere debet, nanciscuntur.

Quod complementum prout sumitur ex uno aut altero jure civili, in regionibus pollenti, quae jus mercatorium receperunt, ipsum mercatorium jus et ejus instituta vario colore imbuet. Quo fit, ut accuratae descriptioni singuli juris instituti impedimentum afferatur grave, cum ipsum institutum plena integritate juris mercatorii nusquam inveniatur.

Tantummodo mandatum mercatorium, mercium transmittendarum negotium, et contractus mercium vehendarum in quarto codicis nostri libro perfectam et ad artis formam ordinatam receperunt explicationem, quae illa negotia plane segregat a jure civili communi, et mero vindicat mercatorio juri.

Emptionis venditionis longe alia causa est, et frustra quaerimus in cod. nostro ipsam definitionem negotii, quod vocatur istis verbis. Significatio generalis emptionis venditionis vero in omnibus diversis juribus tam simplex et certa est, ut definitione ejus facillime carere possimus. Est emptio venditio contractus bonae fidei consensu constans, quo id agitur, ut merx certo pretio permutetur, ut Voetius in commentario ad Pandectas dicit. Similibus verbis utuntur in definienda emptione venditione jus Borussicum I. 11. §. 1 et codex Napoleonis civilis art^{0} 1582^{0}. Praeterea jus Borussicum a venditore praestandam requirit dominii trans lationem, quam Napoleonis quoque codex ponit effectum venditionis in art.^{0} 1583^{0}., cum contra jus Romanum — L. ult. D. de cond. causa data 12. 4; L. 75. §. 10. D. de V. O. 45. 1 — conditionem, ut emptor dominus fiat rei venditae contractus ingenio repugnare et negotii naturam mutare in-

empt. vend. notio.

terpretetur. Cujus distinitionis auctoritas in jure communi jam pridem evanuerat.

Quod attinet codicem nostrum, ex dispositione articuli 306[i] forsan colligere possis, venditionem juris mercatorii ad translationem dominii rei venditae trahi posse, frustra vero quaeras momentum ex hac distinctione pendens.

A contrahenda emptione jure mercatorio nemo, cui sese obligare licet, arcetur, etsi jure civili respectu muneris cujusdam aut ordinis, vel ex legibus, quibus publicae disciplinae providetur, commercio et negotiis mercatoriis interdicitur. Ex hac ratione art.[s] 69[s] quo cavetur, ne proxeneta munere publico fungens, propriam faciat mercaturam, nihilominus negotio a proxeneta facto, plenum vindicat effectum.

res quae veneunt.

Emptio venditio mercatoria non recipit rem nisi mobilem, quia contractus ad rem immobilem pertinentes causis mercatoriis omnino non adnumerantur, ut docet art.[s] 275.[s]

Quae res ex intentione legis immobiles, quaē mobiles sint, de hac quaestione nullam promsit cod. nost. sententiam. Generalem igitur ex jure civili definitionem haurire debemus.

de rebus quae pertinent ad immobilem rem.

Hoc loco vero illud monendum mihi videtur, quod in diversis juribus territorialibus adnumerantur immobilibus rebus nonnullae aliae res, quae solo respectu rei, ad quam pertinent, ejus sequuntur conditionem. E. G. jus Borussicum accessionis jure fundo adjungit omnia, quae exercendae agriculturae causa invecta et illata sunt, instrumenta, pecudes, alia. I. 2. §. 48 seq. Similiter codex civilis Napoleonis art[0]. 522[0] seq. Jus Romanum contra has res a jure fundi sejungit, et mobilibus rebus adnumerat.

Quaeritur, si veneat grex ovium a domino latifundii mercatori in regione, in qua obtinet jus Borussicum vel codex Napoleonis, adimaturne negotium juri mercatorio, quia grex, de quo contrahitur, rei mobilis naturam exuit, et ex juris fictione immobilibus rebus adnumeretur?

Nos vero libentius in contrariam sententiam eamus, et omnes res, quae secundum propriam indolem sunt mobiles, ex jure mercatorio adnumeremus mobilibus, etsi ex juri civili propriis distinctionibus accessionis jure fundo junctae et inter immobiles positae sunt. Quam opinionem sane ex intentione legis comprobandam putamus.

Res, quae venit emptione venditione mercatoria, plerumque g e n e r i s, non s i n g u l a e r e i naturam habebit, sed minime emptio rei singularis et specialis a negotiis mercatoriis segregatur. Omnimodo res, quae venit, c e r t a esse debet, in eum duntaxat modum ab omnibus ceteris rebus distincta, u t a e s t i m a t i o e j u s n o n i m p e d i a t u r. Hanc aestimationem in emptione venditione mercatoria omnimodo maximi ducere debemus momenti, quia ubicunque vel res vendita omnino non praestatur, vel contractus rite non adimpletur, aestimatio rei erit facienda — res quae venit certa esse debet.

In commercio, praecipue in negotiis, quibus ad terminum praefixum venierant merces ut frumentum similiaque, jam ante promulgatum codicem legum mercatoriarum demonstratio quantitatis venditae cum moderamine „circa — ungefähr" — in usu erat, et disputabant saepenumero, num talis definitio objectum negotii satis abundeque complecteretur, remque certa describeret significatione; quod justis infirmari potuit rationibus, nisi hujus moderaminis fines enuntiata quantitate maxima et minima circumscripti erant.

Intra talem circumscriptionem quidem utriusque contrahentium obligatio satis certo definita et causa negotii accurate demonstrata videtur, ita ut venditor sit obligatus, ut minimum praestet et emptor oblatum maximum accipiat. Codex legum mercatoriarum nulla expressa definitione statuit, quousque talis demonstratio flexibilis rei venditae causam contractus satis accurate possit singnificare, cum vero art.[s] 278[s] voluntatem contrahentium anteponat verborum significationi, atque in causis mercatoriis consuetudinum commercii praecipuam rationem haberi ex art. 1.[o] 279.[o] oporteat, quantitatem mercium addito moderamine „circa — ungefähr" — in omnibus casibus satis certe circumscriptam admittere debemus, quibus ex consuetudinibus mercatoriis ambiguitas ista tolli possit.

Si exempli gratia quis vendat in foro mercatorum circa centum milia pondo tritici, bursae consuetudines procul dubio talem ambiguitatem certis circumscribunt finibus, atque quantitatem, quam venditor praestare ac emptor accipere cogitur, constituunt, licet maximum et minimum non sit limitatum.

de pretio rei venditae.

Eaedem rationes respiciendae essent, ubi pretium rei venditae simili modo a contrahentibus esset circumscriptum.

Finge, emptorem scripsisse, ut sibi mitterentur qninquaginta sacci coffeae javanae per centum pondo quadraginta circa thalerorum pretii, et venditorem respondisse, se facturum esse, nonne sit venditor obligatus, ut quinquaginta saccos mittat, et emptor ut missos accipiat pretio proxime quadraginta thaleros attingenti, quo in emporio, ex quo mittendi sunt, illo tempore coffea javana comparari potuit?

Ultro in negotiis mercatoriis de pretio rei venditae expressa verba contrahentium omnino silere possunt, attamen valet emptio venditio, dummodo merci sit pretium in fori commercio usitatum.*)

Qui mandat mercatori, mittas mihi decem dolia petrolei, emisse ea recte habetur eo pretio, quo tunc venibat petroleum in foro, quia ex consuetudinibus commercii hoc pretium erit subintelligendum, id, quod voluerint et tacite probaverint et mandans et is, cui negotium offertur.

Similes obtinebunt rationes in negotiis, quibus merces ex tabernis sumuntur non soluta praesenti pecunia et omissa pretii definitione In talibus quoque negotiis statuendum erit, emptorem usu praefinita pretia mercium probasse et veram emptionem contraxisse. Adnumerari igitur talia negotia debentur emptioni venditioni, non illis pactis, ex quibus res traditur ea lege, ut, qui accepit rem, ejus aestimationem solvat. Sumpta ex taberna merce negotia sunt perfecta et cessat jus poenitendi.

Aliter sane in rebus, quae pretium usu determinatum non recipiunt, erit interpretandum.

de conditionibus in constituendo pretio.

Manifesti ceterum juris est, ut in emptione venditione conditionibus additis definiri liceat pretium, quod in nonnullis negotiis in usu apud mercatores est, vel e. g. in negotiatione frumentaria et quae fit cum vino adusto in locis ab emporio primario distantibus. In his negotiis ita convenire solent, ut stipulentur certum numerum thalerorum infra pretium

*) Vide quae notant Johannes Marquard de jure mercatorum Lib. II. 9. Nro. 38. 39, et Sig. Scaccia in tract. de commercio §. 1. quaest. V. Nro. 65, 66.

medium ipsius emporii primarii, quod ex pretiis certo mense in foro mercatorio promulgatis computatur.

Ex simili ratione quoque delegatione facta a paciscentibus in tertii arbitrium, quamquam pendet ex conditione pretium, tamen recipit naturam certi et ab ipsis paciscentibus definiti, simulac tertius enuntiavit sententiam, cum contra delegatio in arbitrium alterius paciscentium nullum habeat effectum.*)

Ignorare quidem non licet emptiones venditiones, quae fiunt ea lege, ut pretium pro re vendita detur, quo in foro tunc similes res veneant, multis rationibus ad similitudinem negotii accedere, quo res singularis venundatur, cum de pretio taceant paciscentes. Quod si evenit, dicere possis, in boni viri arbitrio partes collocasse pretii definitionem, atque cum quod respectu generis mercium sit pretium, quo veneant merces in foro, respectu rei singularis sit aestimatio a bono viro facta, disputari possit, numne in emptione venditione mercatoria rei specialis ex tacito consensu contrahentium pretii definitionem in arbitrio boni viri positam ducere, ubique nobis liceat.

Quod omnino affirmare possumus, dummodo consuetudine mercatoria statuatur norma, qua arbiter invito quoque paciscente eligi possit. Tum enim ipsum pretium certe definitum haberi potest, quod patet via, qua perducere liceat ambiguitatem ad plenam evidentiam.**)

Ut sit pretium verum, nec laedatur ejus definitione paciscentium alter, nullo modo requiritur, cum art.^s 286^s omne negotium mercatorium ob laesionem enormem impugnare vetat.

---

de oblationibus.

Quae huc usque proposuimus emptionis venditionis essentialia, consensus ex utraque parte, de permutanda re mobili certo pretio, a paciscentibus definito, vel consuetudinibus mercatoriis definiendo, ea non nisi conditionibus latis et auditis ultro citroque constitui solent, et cum primum ad oblatum quadrat acceptum, negotium perfectum est.

Qui accedit oblatione sub conditione vel reservato quo-

*) L. 7 D de contrah. empt. 18. 1. Preuss. Land-Recht, Th. I. Tit. 11, §. 46. seq. Cod. civ. art. 1592.

**) cf. Marquard de jure mercatorum II. 9. Nro. 39.

dam, repudiasse recte putatur, ut notat art[s] 322[s], qui accessioni tali naturam et effectum vindicat novae oblationis, de qua porro tractari potest.

Officium de oblata conditione sententiae aperiundae codex legum mercatoriarum certis circumscripsit finibus, quibus deficientibus innumerabiles disceptationes de perfectione negotiorum moveri possent ex diversitate jurum particularium.

Qui negotium offert in commercio minime ad arbitrium ejus produci debet, cui facta est oblatio, cum temporum ratio variet, et paucorum dierum spatio pretium mercis et nummus vehementer possit jactari. Ordinat igitur art.[s] 318[s], ut ad oblatam inter praesentes conditionem statim sit respondendum, alioquin offerens oblationi non sit obstrictus.

de oblatione inter absentes facta.

Inter absentes quamquam responsio immediata fieri non potest, tamen qui offert justa praesumptione poscet, ut altera pars responsum mittat statim, ut primum oblationem litteris vel nuntio accepit. Ideoque non amplius oblationi suae obstrictus esse debet, quam tempore elapso, quo responsio solito negotiorum modo ad eum referri oportuit.

Nec vero codicis nostri dispositiones facta inter absentes oblatione, solo elapso temporis spatio omnimodo offerentem ita liberant, ut acceptationi sero advenienti nullus tribuatur effectus, immo serae acceptationi interdum irrogant offerentem cogendi vim, ut respuat eam, ni valituram eam haberi velit.

Enuntiatur haec legis dispositio, qua contra juris communis rationem ex casu, qui cadit in alterius personam, alteri irrogatur officium positivum, in art[0]. 319[0] cujus clausula altera statuitur:

accessione legitimo tempore missa, id est sec. art.[m] 321[m], — cursui publico vel nuntio mandata, casu vero quodam retardata, offerenti non licere, non factam eam ducere, ni jam prius oblationem retraxerit, vel sine mora displicentiam notam faciat.

Singularis haec legis dispositio, ut docent acta Norimbergensia, permultas jam inter eos, qui codicem nostrum composuerunt movit disceptationes. Arg. sess. 64 pg. 565, sess. 163 pg. 1359.

Sane conditio offerentis aliquantulum posthabetur commodo acceptantis, et tam arcte ad usum mercatorium adaptata videtur legis dispositio, ut justius referatur ad negotia-

tiones inter mercatores initas, et non trahatur ad mercaturam non facientem.

Mirum videri possit, codicem legum mercatoriarum silentio paeterire art.° 319° — 321^m novissimis temporibus in commercio receptum usum negotia per oblationem et responsionem telegrapho mandatam, perficiendi. de oblatione per telegraphum facta.

Quomodo res sese habebit, cum oblatione per telegraphum facta, acceptatio cursui publico mandabitur? Nonne ex articuli 319^i dispositione, qua ut respondeat, cui missa est oblatio, legitimo modo et intra legitimum tempus tenetur, acceptatio talis pro frustrata haberi possit, nec cogat offerentem eam respuere, ni obstrictus esse velit?

Mota est haec quaestio in actis Norimbergensibus sess. 64 pg. 568, quae vero ibi invenis notata non omnino congrua nobis videri possunt. Nostris temporibus in commercio telegraphum omnimodo non viam extraordinariam cum absente communicandi de negotiis mercatoriis ducere possumus, cum contra usitatissima sit et in permultis negotiis, in quibus pretii jactura decretorium obtinet momentum, supremae necessitatis.

Nobis rectius videtur non iis tantummodo casibus, quibus offerens nuntiationi per telegraphum factae, legem adjecit eodem modo ut respondeat altera pars, quod fieri solet verbis „responsio per filum“ „Drathantwort“, et iis, quibus ex usu mercatorum non nisi tali modo communicare solent, ut sunt negotia, quae fiunt in bursis mercatorum, sed omnino omnibus casibus, quibus oblatio per telegraphum facta est, ex tacita conditione, quam tali oblationi inesse putamus per telegraphum esse respondendum.

Perficitur contractus eo tempore, quo pactionibus finitis oblatum quadrat venditoris cum accepto ab emptore, quod negotio inter praesentes peracto, ex consensu expressis verbis vel tacite statim declarato cernitur. Inter absentes, dummodo ne consensus justo tempore declaratus, ex dispositione art.^i 319^i dirimatur, contractus perficitur tempore, quo mandatur accessio telegrapho, cursui publico vel nuntio, de consensu inter paciscentes- inter absentes.

id est eo tempore, quo accedens consensum firmavit, atque accessionem quasi sub sensus cadentem et dispositioni suae porro non subjectam e manibus misit.*)

de consignatione in litteris.

Quo modo mutuus contrahentium consensus in perficienda emptione venditione mercatoria demonstretur nihil refert, dummodo voluntas ita sit declarata, ut legitime cognoscatur.

Ex regula generali art.[i] 317[i], ut valeant negotia mercatoria, nec consignatione in litteris opus est, nec aliorum formalium observatione, nisi certis legis dispositionibus exceptiones statuantur, quae vero deficiunt quoad emptionem venditionem et subministrationem, in quibus negotiis igitur, quae constituunt particularia jura de formalibus, nullius porro momenti sunt.

Pactum legitime perfectum posteriore pacto immutari vel omnino tolli posse, manifestum est, cumque forma, qua consensus declaratur, secundum leges mercatorias minime respiciatur, sequitur omne pactum, quod inierat emptor cum venditore, etsi scriptura vel actu judiciali aut coram notario confirmatum, simplici et nudo consensu immutari vel rescindi posse.

Quae probantur a summo tribunali mercatorio in sent. lat. 25. 11. 71, quam Stegemann notam fecit 4. 362.

Cum perficiuntur tabulae emptionis venditionis vel alius contractus mercatorii, subscriptioni contrahentium ex regula praecedere solent tractationes, quaestiones, responsiones, alia, quae si tabulis non sint inserta, recte putantur omissa et resputa ex voluntate contrahentium; cumque ex mercatorio usu fieri soleat, ut alter contrahentium tradat alteri litteras, quibus certis legibus sese obstrinxit, quas vocant syngraphum pactitium — Schlußschein —, etiam qui tales litteras accepit nec legibus negotii in eis enuntiatis contradixit, omnibus anterioribus transactionibus renuntiasse recte censetur.

Haec tali modo in litteris consignata, novissimam concordantem voluntatem transigentium declarare putantur, non vi ipsius scripturae, sed quia in litteris quasi colliguntur

*) Windscheid Pandecten §. 308. Quid statuendum sit, cum consensus justo tempore declaratus casu quodam ad offerentem non perveniat ex art.[i] 319[i] dispositione ita definiendum est, ut negotium suspensum maneat, donec offerens alio modo certior factus sit de consensu, nisi jam prius retraxerit oblationem.

omnia, de quibus, sublatis disceptationibus, partes concordaverant; ideoque recte anteponuntur eis, quae antea praesenti sermone, ambiguitate et errori obnoxio, tractata sunt.

Quae certis scripturae legibus definita sunt, si postea praesentibus paciscentibus ipso sermone immutantur, sane scripturae haud aliud momentum vindicare possumus, quam quod remaneant scripta obligatoria exceptis tantummodo iis, quae commutata certe probentur.

Voluntatem non modo sermone vel scriptura intelligi licet, vero etiam factis vel omissionibus, ex quibus eam interpretari possumus. **de voluntate factis enunsiata.**

Exempla talis voluntatis judicii ex factis sumpti, praebet L. 3. 4. D. in quibus causis pignus 20. 2. respectu invectorum et illatorum, et L. 12. D. de evictionibus 21. 2. qua, cum cohaeredibus praesentibus et non contradicentibus cohaeres universa praedia vendidisset, et cohaeredes pretium accepissent, statuitur, unumquemque partem suam vendidisse.

Solum silentium per se omnimodo non sufficit ad comprobandam voluntatem, cum signum sit nec approbationis, nec reprobationis, ut edicit L. 142. D. de R. I. 50. 17. „qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare.“

Ut tribui possit soli silentio juris effectus, accedere debet alia conditio, ex qua ei, qui siluit, injungatur obligatio protestandi, quod fit quibusdam casibus ipsa lege; veluti L. 60. D. de R. I. 50. 17.

> „Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.“

Codex mercatoriarum legum similes sequitur rationes. Solo silentio provocando ad art.^m 279^m et allegando usum vel consuetudines commercii, effectus vindicari nequeat, nisi casibus ipsa lege definitis.

Licet vis atque potestas earum rerum, quae fiunt vel omittuntur, ex consuetudinibus et usu mercaturae in negotiis commercii sit interpretanda secundum art.^m 279^m, attamen ex ejus indole non possit probari, si silentium in locum ac-

cessionis promovere velis, cum interpretandi potestatem quidem praebeat iis casibus, quibus certis jam rationibus obstrictae sunt partes, puta oblatione facta, vel relata, vel alio modo, minime vero, ubi interpretationi locus non sit, solum silentium in affirmationem duci comprobet articulus citatus.

Interpretatione, quae in art.o 279o nititur, non modo lacunae expressae pactionis legitime implentur ex usu et consuetudinibus, verum etiam utrique contrahenti injungi potest, ut certis conditionibus voluntatem enuntiet, ni velit, ut suppleatur ex praesumptionibus, quas usus et consuetudo sanxerunt. In negotiatione frumentaria e. g. ex consuetudine certi ponderis frumentum requiritur, nisi, qui id accipere debet, jure oblatum rejicit. Qui igitur frumenti copiam vendidit et tacuit de pondere mercis, tale pondus praestare debet, quale ex usu et consuetudine emptori poscere licet.

Qualitates tales mercium plurimis casibus jam ex art.i 335i dispositione legem recipient, cum deficiente expressa conventione art.s cits merces mediae bonitatis venditori injungat praestandas. Ex eodem fundamento, ex quo art.s 335s lacunam pactionis explet, ex communi ratione „in ambiguis medium sequendum esse,“ aliis casibus ex usu et consuetudinibus rationem sumere possumus, ex qua alterutri eorum, qui negotiationibus sese junxerunt, injungatur obligatio opinionem suam alteri notam faciendi, ni velit, ut in accessionem trahatur ejus voluntas.

Fingas ex consuetudine mercatoria rationes confectas, quas finito anno mercatores commercio juncti invicem sibi mittere solent, intra certum tempus ab eo, cui missae sunt, impugnari debere, atque omissa impugnatione pro ratis haberi.

Silentio tali recte forsitan vis accessionis imputetur, cum non ipsum silentium, sed ex missis rationibus et consuetudine commercii praesumpta et interpretata voluntas silentis causam praebeat, ex qua obligatur.

Ubi quaeritur de negotio inter mercatores ineundo, inniti consuetudine mercatoria omnimodo licebit, ad declaranda facta positiva vel negativa partium, cum uterque usum mercatorium novisse, et ex art.i 282i dispositione, omnia agere debeat cum diligentia probi mercatoris.

Aliter res se habet, si mercator cum mercaturam non profitente init negotiationem, offerendo videlicet emptionem venditionem mercis.

Quousque in tali causa mercaturam non facientem consuetudinibus mercatoriis subjectum habere, et ex art.° 279° facta et omissiones ejus ex usu commercii interpretari nobis licebit?

Secundum art.^m 277^m in omni negotio, etsi ratione unius contrahentium tantummodo negotiis commercii sit adnumerandum, quarti libri dispositiones in utrumque paciscentem pariter applicantur, nisi ipsae demonstrent, in eum solum esse transferendas, ex cujus parte negotium subest mercatorium.

Numne liceat nobis hanc dispositionem et ad eos casus applicare, quibus non de inito, sed de ineundo quaeritur negotio?

In iis, quae referuntur ad hanc rationem, exordiri debemus ab art.° 317°, qui negotia commercii liberat omnibus formalibus.

Procul dubio haec dispositio et in transigentem, qui non profitetur mercaturam, trahenda est.

Ut de forma negotii quaeri possit, negotium ipsum subesse debet, et ubicunque existit negotium, art.° 277° locus est, cum ineundo negotium et is, qui mercaturam non facit, sponte sese subjecerit juri commercii et susceperit omnes consequentias et quae ex iis derivari possunt interpretationes.

Cum vero negotium consensu contrahentium omnino non sit perfectum num et tum mercaturam non faciens sub legibus stet commercii, et usui et consuetudinibus mercatoriis obnoxius sit, in dubitationem vocare inclinemus.

Mercaturam non facientem si tum quoque art.° 277° et usui consuetudinibusque mercatoriis subdere velles, cum nullo modo voluntatem enuntiaverit negotium cum mercatore ineundi, longius produceres art.^i cit^i rationem, quam dispositio ipsa permittit.

Non nisi in negotium art.^s 277^s quarti libri dispositiones transferre vult, et in negotii verbo momentum interpretationis hujus loci collocandum esse putamus. Negotium sensu amplissimo voluntatis enuntiatio est, ex qua originem

ducunt jura et obligationes, neque prius exstitit negotium, quam constitutis juribus et obligationibus. Minime vero negemus, negotium exsistere posse, nisi prius pactum pleno consensu ex utraque parte firmatum sit, et art.m 277m tantummodo in mercaturam non facientem trahi posse, cum pacto ligatus sit. Imo ex ingenio cod. mercat. leg. agnoscere debemus *eo tempore jam negotium initum esse*, quo quid egerunt vel declaraverunt transingentes, *ex quo secundum leges mercatorias obligationes derivari possint.*

Puta, mercaturam non facientem per litteras offerre mercatori venditionem mercium; *ipso offerendo* procul dubio ea, quae sequuntur ex art.i 319i dispositione agnoscit et retardata responsione examinare cogitur, numne oblationem suam retrahere debeat, ni pro inhaerente haberi velit, cum *ipsa oblatio sit negotium*, quo id agitur, ut pactum perficiatur, et offerentem obnoxium faciat et in eum, cui offertur, transferat acceptandi jus Cumque hoc casu offerens ipsa oblatione facta mercatori concedat potestatem accipiendi, ex sua propria voluntate leges atque usum commercii in hoc negotio agnovit.

Aliter sane res erit, si mercator offeret negotium. Oblatione tali mercaturam non profitenti facta, hic nondum ullo negotio jungitur cum offerente, *ex cujus oblatione quidem ei acquiruntur jura*, nec vero *ipso facto injungitur obligatio*, quae eum legibus mercatoriis subjicere possit, ideoque cum ex sua persona legibus commercii atque usui mercatorio non obtemperet, facto solo offerentis conditionibus mercatoriis ex art.o 277o subjici nequit.

Hanc legis interpretationem cum ceteris codicis dispositionibus et indole, quae enitet ex iis, convenire, clarius patefiet, cum inspiciamus paulo accuratius causas, in quibus quatuor primi libri edixerunt de silentio.

Sunt articuli 96,s 280,s 323,s 339,s 344,s 347,s 349,s 356,s 376.s

In omnibus causis, in quibus versantur art.i cit.i invenies *factum positivum, quod alio modo possis interpretari*, nisi lex ex silentio coincidente interpretationem sumpserit peculiarem. Videlicet art.s 96s vetat socium vel suo vel tertii nomine negotia facere similia iis, quae

societas agit, vel alii societati simili aperte accedere. Ex silentio vero sociorum, qui, cum inirunt societatem, sciebant socium illi simili societati in albo societatum mercatoriarum adscriptum esse, quique nihilominus omiserunt stipulari, ut decederet socius a priori societate, ducit probationem sociorum eum remanere cum prioribus sociis conjunctum.

Ex art.[i] 339[i] dispositione, qui emit ad visum vel gustum, mercemque accepit ad inspiciendum vel degustandum, elapso tempore statuto, vel interpellante venditore, si voluntatem non emiserit, mercem probasse putatur.

Articulus 376[s] procuratori mercatorio, qui mandanti notum facit mandatam emptionem vel venditionem perpetratam esse, injungit officium mandanti emptorem vel venditorem nominandi, et neglecta denominatione mandanti potestatem facit procuratorem ipsum emptoris vel venditoris loco habendi.

In omnibus his casibus relatio quaedam subsistebat jam inter alteramutram partem, quam ex posteriore silentio interpretari licebat. Ubi desunt relationes tales, ex quibus interpretatio exordium ducere, et silentio, quod per se non nisi factum negativum est, potestas positiva vindicari posset, in rebus quoque mercatoriis nudum silentium nunquam in accessionem interpretari nobis licebit.*)

Nescimus, an hoc planissime demonstrari possit in art.[o] 323[o], qui edicit:

mercatorem, cui mandatur negotium, sine ulla mora mandanti ut respondeat obligatum esse, si negotiatione junctus sit cum mandante, vel illi sese obtulit ad mandata talia persequenda, alioquin ex silentio mandatum eum suscepisse haberi.

Apparet hac dispositione m e r c a t o r e m q u o q u e s o l o s i l e n t i o o m n i m o d o n o n o b l i g a r i, cum solum silentium nec tum ei injungat ullam obligationem, cum ex altera parte ei missum est mandatum, quod sane majoris momenti est, quam oblatio ineundi negotii, velut emptionis venditionis.

Mandatum enim, quod mittitur mercatori litteris mandatoriis, quasi perfectum per se negotium ex parte man-

---

*) cf. etiam Foerster Theorie u. Praxis B. I. §. 34. et sent. supr. jud. mercat. lat. 29. Nov. 1873. Entscheidungen, Band 12, pg. 1.

dantis interpretari possumus. Qui cum mandante negotiationibus junctus est, mandantis conditionem ac fidem novit, et cum mandatum ipso implendo suscipi ex regula soleat, enumeratis in art.° 323° casibus recte colligitur, mandatum suscepisse, qui non repudiaverit. Mandati periculum mandantis est; cum contra aliorum negotiorum veluti emptionis venditionis periculum non minus spectet ad eum, cui fit oblatio, quam ad offerentem. Ex propria sua indole oblatio negotii igitur segregari debet a mandato; cumque omnis emptio venditio ex temporis, loci, pretii ratione separatum ab aliis repraesentet negotium, ex anterioribus perpetratis, vel ex generali oblatione — art.ˢ 337ˢ — nullum sumere nobis licet argumentum, ex quo silentium in nova oblatione liceat nobis interpretari alio modo, quam in sensum negativum.

Sin vero neglecta ex art.° 323° codicis sumenda interpretatione permissum putare possemus, oblatione mercatori facta, solum silentium certis casibus in accessionem ducere, utique ad talem sententiam probandam, causa positiva, quam supponere debemus, in eo nobis esset ponenda, quod is, cui offertur, ex persona sua consuetudines mercatorias novisse et sequi debuerit.

In persona ejus, qui mercaturam non facit, haec ratio deest, quo fit, ut interpretatio careat omni momento positivo, in quo quasi in fundamento, quod factis nititur, exstrui possit.

de perfectione contractus. Inter ea, quae de emptionis venditionis mercatoriae indole ac natura et modo, quo perficitur, generaliter considerare nobis proposuimus, mentionem facere debemus sententiae fori supremi causarum commercii, quae perfacile ad perperam interpretationem occasionem dare possit. Sententiam dicimus latam 29. Jan. 1872. Stegemann 7. pg. 359. in qua affirmatur:

c o d i c e m   l e g u m   m e r c a t o r i a r u m   d e   p e r f e c t i o n e   e m p t i o n i s   v e n d i t i o n i s   n u l l a s   p r o f e r r e   d i s p o s i t i o n e s   p a r t i c u l a r e s ,   i d e o q u e   c o n s u e t u d i n e s   e t   u s u s   c o m m e r c i i   p e r f e c t i o n e m   e m p tˢ . v e n d i tˢ .   e x   a l i i s   c o n d i t i o n i b u s   p e n d e n t e m   f a c e r e   p o s s e ,   q u a m   e x   c o n s e n s u   e m p t o r i s   e t   v e n d i t o r i s .

Sane codex legum mercatoriarum nulla expressa dis-

positione definit emptionem venditionem eo tempore perfici, quo quadrat emptoris voluntas cum voluntate venditoris de pretio et merce, essentialibus negotii; nihilominus variae legis definitiones propositionem in sententia citata expressam, non nisi conditionibus adstrictam admittunt.

In primis consideranda nobis sunt, quae edicit art.s 317 s de formalibus negotiorum. — Sequitur ex ejus dispositione perfectionem emptionis venditionis mercatoriae nullo modo a consignatione in litteris vel aliorum formalium perpetratione pendentem statuere posse consuetudinem vel usum. Consuetudinem talem omnino respuere deberemus, quasi contra legem illapsam.

Ex necessitate igitur, quae consuetudo commercii ad perficiendam emptionem venditionem desiderare potest, ea aliam vim ac potestatem, quam mere formalem habere et ad ipsum negotium spectare debent.

Materia empt.s vend.s vel reapse negotio inest, puta consensus partium de merce ac pretio, quo deficiente pactum valere nequit, vel additur ex lege, consuetudinibus, pactionibus.

In essentialibus negotii consuetudo commercii nihil potest commutare nec demendo, nec addendo. Concordat enim codex legum mercatoriarum plene cum communi jure in iis, quae essentialia efficiunt emptionis venditionis. Probatur hoc art.o 337 o, ex quo colliges oblationem venditionis plenum effectum habere, si mercem atque pretium satis certe definiverit offerens. Cumque ex art.i 322i dispositione acceptationi nulla possit injungi conditio vel restrictio, sequitur, ut in emptione venditione mercatoria acceptando oblationem, mercem et pretium satis certe definientem, perficiatur contractus. Poscit igitur lex ipsa nullum alium consensum contrahentium, nisi de merce atque pretio, de his vero plenum et nullo modo restrictum; et in generali ratione contendere possumus, codicem legum mercatoriarum perfectionem emptionis venditionis in eo ponere, ut de merce et pretio consensus partium perpetratus sit, quod etiam art.s 321s quoad perfectionem pacti, quod inter absentes negotiatur, plane edicit.

Secundum art i 1i dispositionem consuetudines ipsi legi derogare nequeunt, ideoque nulla consuetudine statui potest,

valere emptionem venditionem absque consensu de merce et pretio, vel non valere, cum emptor et venditor consenserunt de merce ejusque pretio.

Non magis perfectionem contractus ex certa stipulatione earum conditionum, quas ipsa lex interpretatur, pendentem facere potest consuetudo mercatoria, nec quoad tempus, quo adimpleatur contractus — art.^{s} 326^{s}, nec pondus mensuramve, de quibus art.^{i} 325^{s}, 326^{s}, 336^{s} normas legales praebent.

In his omnibus rationibus oriri consuetudinem dispositiones legis vetant.

Quod attinet art.^{m} 326^{m}, sane demonstrationem temporis, quo adimpleri debeat obligatio, ad consuetudinem refert mercatoriam, minime vero admittit consuetudinem, ex qua contractus pro non perfecto haberi possit, si de tempore praestationis nihil statuerint partes, quo casu potius ex art.^{i} cit.^{i} dispositione diem statim venisse arbitrandum est.

Consuetudini atque usui commercii, quamquam nec essentialia emptionis venditionis immutare, nec de materia contractus in iis causis, quae ipsius legis dispositionibus definiuntur, statuere ei licet, nec omnino, quae ad formulam pertinent, ad perfectionem contractus exposcere potest, tamen locus erit, quo possit obtinere in perficienda emptione venditione.

Sane consuetudines tales re vera eo spectabunt, ut partium declarationes, quas verba expressa nulli conditioni adstringunt, ex commercii usu ita interpretamur, ut tacita conditione circumscriptas habeamus.

Praesumptionem similem reperimus in art.^{o} 1587^{o} codicis civ. Nap. qui edicit:

vini, olei, aliarum rerum, quae degustari solent, antequam emantur, venditionem rite perpetratam non esse, nisi antea emptor eas degustaverit et probaverit, —

et statuit, conditionem tacitam emptioni venditioni rerum, quae degustari solent, inesse, cum partes de degustando expresse non convenerint.

Ad tales rationes sententiam citatam supremi judicii restringendam putamus.

Consuetudinem probavit, ex qua emptio venditio lin[illegible] licet partes de merce et pretio consenserint, pro perfect[illegible]

non habebatur, nisi diversae notae mercis segregatae essent. Consuetudini tali re vera non alia inest potestas, quam interpretandi verba, quibus partes usae sunt. Quae ex vulgari consuetudine pro certis atque constitutis haberi solent, ex consuetudine speciali eorum, qui mercaturam lini faciunt, conditione quadam temperata putantur. Consuetudo talis ex art.[i] 278[i] dispositione, quae judici injungit, ut contrahentium voluntatem magis quam simplicem verborum sensum sequatur, satis probatur.

Priusquam transgrediamur ad interpretationem specialem diversorum generum emptionis venditionis, nos disquirere oportet rationem quandam generalem haud parvi momenti in negotiis, quae spectant alienationem. Quaestionem illam dicimus intricatam, quibus legibus et commercii consuetudinibus negotium sit subjiciendum, quod ex diversis locis, in quibus diversa obtinent jura, perficiunt paciscentes, vel quod alio loco perficitur, alio impleri debet. **de diversorum locorum juribus.**

In emptione venditione enim mercatoria creberrime evenire solet, ut paciscentes diversis juribus sint subjecti, vel ratione personarum vel domicilii mercatorii, cumque ex regula fere in mercatura magna locus, quo ad perfectionem producitur negotium, distet ab illo, quo merx tradenda est, saepenumero leges et statuta locorum discrepare solent.

In jure mercatorio igitur et in interpretatione contractuum mercatoriorum quaestio, de qua permultas jureconsulti moverunt disceptationes, negotium utrum pendeat ex jure loci, quo perficitur, an ex jure, cui obtemperant paciscentes, an ex eo, quod valet in regione, qua negotium implendum est, peculiarem obtinet auctoritatem.

In omni negotio materiam et formam, discernere debemus.

Quoad formam negotii omnes fere agnoscunt probandam sententiam illam, „locus regit actum;“ quam et nos comprobare cogimur, cum de juri civili, omisso jure mercatorio agatur. Forma, quam lex praescribit, dispositioni **quoad formalia negotii.**

transigentium ademta et quasi publico juri reservata est. Neglectis formalibus, quae sub poena nullitatis injunguntur negotio, ab initio negotium nullum est, et consensus transigentium effectum habere nequit.

Videamus, numne ex juris mercatorii indole aliam sententiam ducere possimus.

Codex mercatoriarum legum negotia commercii ab omnibus formalibus liberavit et nudo pacto plenam vindicavit potestatem, quod etiam quadrat cum indole ipsius mercaturae, in qua fides et bona opinio praevalere debent, ut commercium inter diversarum regionum incolas vigere atque florere possit.*)

Desunt igitur in codice nostro definitiones, quae in similitudinem earum, quas disserentes de materia negotii infra notavimus, monstrent, ex cujus loci jure formalia negotii sint arbitranda.

In iis negotiis, quae perficiuntur in territoriis, in quibus obtinet codex legum mercatoriarum quaestio de formalibus negotii alienationem spectantis, omnino moveri non potest. Sin vero pactum in terris exteris perficiatur, quaestionem poni licebit, num possit pendere perfectio negotii ex legis externae praecepto, formam specialem fortasse praescribente, cum coram judice indigeno et codici legum mercatoriarum subdito, de negotio agetur?

Qui in terris exteris negotium casu perficiunt, fingas eos sibi occurrere in itinere, cum negotium implendum sit in terra indigena, procul dubio leges patrias, non exteras respicere debent, quo fit, ut judex indigenus nullam formam requirere possit, quam leges externae exposcunt, cum leges nostrae eam rejiciant. Obtemperant hoc casu personae contrahentium et totum negotium indigenis legibus, non statutis exteris, ideoque locus actum regere nequit.

Aliter res se haberet, si codici mercatoriarum legum subditus in terris exteris cum indigena earum terrarum iniret negotium, vel si duo peregrini paciscerentur de negotio, cui satisfacere deberent in territorio, in quo obtinet codex noster. Quaeri possit, an pactum tale, cui leges exterae certam formam praescribunt, sub poena nullitatis a

---

*) Marquard de jure mercatorum, lib. II. 9. Nro. 2.

judice indigeno ex dispositionibus codicis mercatoriarum legum fulciri queat, licet partes formam desideratam omiserint?

Ad hanc quoque quaestionem affirmative esse respondendum nobis videtur, et ipsos peregrinos, qui in sua patria terra perfecerunt negotium, quod impleri statuerunt in territorio codici nostro subdito, impeditos putamus, quominus coram judice nostro defectum formalium ex patria lege accusent.

Opinionem nostram fundaremus consideratione, paciscentes, qui perficiunt negotium tale, eo ipso statuere potestatem, ut alter alterum coram judice, qui leges sequitur peculiares, convenire possit, et ab initio quasi tacite prorogent eas leges in negotium suum, ita ut totum negotium juri proprio omnino subtrahant non solum quoad materiam, sed etiam quoad formalia.

Sane judex regionis, qua initur negotium, alias sequetur rationes, cum paciscentes eum adire coacti erunt, neque neglectis formalibus negotio effectum tribuet, cum lex sua hoc vetat. Quo quidem fieri potest, ut idem negotium, prout coram judice hujus vel illius regionis de eo agatur, modo agnoscatur, modo propter defectum formalium reprobetur.

Impares rationes tales in commerciis, quae fiunt trans limites regionum diversi juris, tolli nequeunt, nisi ex pactis constitutis, quae ordinent jus circa contractus inter diversas nationes. — Internationales Vertragsrecht. —

In jure Borussico I. 5. §. 111. rationem, iis rationibus quas supra exposuimus, similem invenimus, cum statuatur, pactum, quod litteris a diversis locis missis perficitur, servandum esse, dummodo formalia, quae poscunt alterutrius loci leges, sint perpetrata. Simile argumentum proposuit lex cambialis Germaniae in art.s 85°, 86°.
Hanc liberalissimam legis dispositionem ad omnia negotia, quae fiunt ex altero in alterum territorium, si trahere possemus, sane quaestiones, quae moveri solent de formalibus negotiorum, maxima ex parte praeciderentur.

In materia negotii codex legum mercatoriarum nonnullis dispositionibus ejus loci leges, quo negotium implendum sta- **quoad materiam negotii.**

tuerunt contrahentes, praevalere legibus constituit, quae obtinent loco eo, quo ad perfectionem producitur negotium, aeque ac statutis personalibus contrahentium.

Ex tali ratione art.i 325s 326s tempus, quo obligationi satisfaciat debitor, in contractu non certe definitum ex consuetudinibus ejus loci definiunt, quo debitum praestandum est. Similiter art.s 336s mensuram, pondus, legem numerariam, nummos, rationem temporis et spatii, quae obtinent eo loco, quo contractus adimpleri debet, in dubio pacto inesse putant. — Art.i 352s 353s secundum consuetudinem ejusdem loci statuunt, quo pondere dolia vel alia, quibus colliguntur merces, imputentur, quid deduci liceat vitiatarum et corruptarum partium mercis causa, nec minus determinant pretium, cum partes convenerint de pretio, quo utuntur in foro vel in bursa.

Quin has singulas definitiones ex generali regula pendentes duci liceat, dubitare non possumus, et agnoscere debemus, codicem nostrum materiam negotii omnino ejus loci legibus et consuetudinibus subditam censere, quo obligatio mercis traditione solutionem recipere debet.

Hanc recentiorem opinionem,*) qui composuerunt jus Borussicum, jam quodam casu applicaverunt ad emptionem venditionem in §i 32ae I. 11. dispositione, qua cum afferant partium conventiones dubitationem, qua mensura vel quo pondere res venditae admetiendae vel adponderandae sint, mensuram et pondus ejus loci, quo merces tradendae sunt, subintelligi statuitur.

Ex iis, quae exposuimus, conclusiones quas ducere audeamus, quas agnoscere debet judex codicis nostri legibus obtemperans:

1°. omne negotium, quod leges c. n. nullis formalibus adstringunt, etiam si in terris exteris sit initum, non obstantibus legibus externis, certam formam petentibus, ab judice indigeno formalibus solutum habendum;

*) Savigny System, Band 8. 8. Bluntschli, deutsches Privat-Recht §. 12.

2°. materiam negotii non aliter judicandam esse, quam secundum leges ejus loci, quo negotium adimplendum sit.

Perlustratis adhuc generalibus rationibus transeamus jam, ad disquisitionem specialem diversorum generum emptionis venditionis mercatoriae et videamus, quae sit eorum vis inter paciscentes, quaeque statuant jura peculiaria.

Rem, quae venit empt. vend. mercatoria plerumque generis, non singulae rei naturam esse habituram, jam supra memoravimus. Continetur haec ratio peculiari indole ipsius commercii, quod tendit ad sustinendas necessitates in latioribus finibus coëmendo eo loco, quo abundant res, et transvehendo in alium, quo desiderantur, ita ut merces, quae de manu in manum migrant, ipsi mercatori raro tantummodo dantur in conspectum. de generis emptione.

In emptione generis res, quae venit, tempore, quo perficitur empt. vend. non nisi pars est universitatis rerum, quae exstant numero, re vera indeterminato, vel quarum numerum indefinitum ducunt contrahentes.*) Ex universis ita complexis rebus segregari possunt, divisione facta secundum separatas rationes, diversae partes, quae nova genera constituunt arctius circumscripta.

Si consideramus e. g. generalem notionem frumenti, subdividere illam possumus in tritici, secalis, hordei, avenae, aliorum genera. Sed et haec coërcita genera porro restringenda erunt, cum vix et in iis pars partis vice fungi possit, vero aliud sit triticum flavum, aliud album, aliud polonicum, aliud americanum.

In commercii negotiatione plane merx requiritur talis, ut quaeque ejus pars repraesentet totum genus in omnibus

*) Ipsum genus in sua integritate rem specialem posse repraesentare manifestum est. cf. E. J. Bekker — Genuskauf im Jahrbuch des gem. deutsch. Rechtes, Band 5. pg. 363. 366; L. 35 §. 6 D. de contrah. empt. 18. 1.

qualitatibus, quas exposcit usus mercatorius in merce mediae bonitatis art.[s] 335[s]. In negotiatione frumentaria igitur genera illa tritici, secalis, hordei et avenae subdivisionibus variis arctius coangustari solent secundum propriam uniuscujusque speciei naturam et qualitates.

Apparet hoc exemplo, mercis fungibilitatem minime notionem habere absolutam et invariabilem, sed magis in mentem ac voluntatem contrahentium positam, ita ut ex commercii usu et contractus lege res, quae quotidianae vitae usu fungibilibus rebus omnino non adnumerantur, naturam fungibilium induere possint.

Sic aegre quisquam equum rem fungibilem ducat, cum vero mango equarius quingentos venderet equos aptos ad reficiendas alas exercitus, dicendum sane erit, ex genere equi contrahentium voluntate genus restrictum esse segregatum, quo omnes equi colliguntur ad reficiendas alas idonei, et in hoc subgenere omnes equos non pro rebus singularibus haberi, sed quasi particulae generis alterum alterius vice posse fungi.

Generaliter dicere possumus generis nomine posse comprehendi omnes res, quae inveniuntur indefinito numero, vel confici possunt ad arbitrium tali similitudine, ut usus atque consuetudo vitae alteram alteri substituere non dubitet. Generis nomine igitur non certam rem, sed notionem quandam universalem demonstramus, sub qua colligitur singularum rerum numerus indefinitus, quae nisi sint absolutae eaedem ratione omnium qualitatum, attamen respectu earum, quas exposcit usus et consuetudo, ut tales res pares putentur.*)

Plerumque ipsa natura hanc aequabilitatem constituit, velut in omnibus rebus ex sua indole fungibilibus, id est in quibus haud facile inveniatur aliquid peculiare, cujus in quotidianae vitae usu rationem habere solent. Res aliae, quae ex vulgari more singulae habentur, ex commercii consuetudine vel lege contractus, ita congregantur, ut neglectis illis qualitatibus, quae singulis sunt peculiares, solae respiciantur eae, quae omnibus sunt communes.

Re vera igitur emptio generis nihil aliud est, quam emptio, in qua res, quae venit, non nisi secundum

*) Windscheid Pandecten §. 142. 255 not. 17. Puchta Vorles. I. 82. 3.

qualitates, quae exposcuntur, circumsripta est, quamque venditor ex multitudine homogenearum segregare et emptori tradere debet, cum contra emptoris sit examinare, an res oblata juste repraesentet genus a natura ipsa proditum, vel ex consuetudine mercatoria aut contractus lege fictum.*)

de conversione empt. generis in empt. rei specialis.

Generi cum nullo modo rei singularis naturam vindicari liceat, venditor vero non nisi rem specialem tradere emptori possit, aliquo sane momento emptio venditio generis verti debet in emptionem venditionem rei specialis, cumque segregando ex genere partem venditor segregatae parti specialis rei induat naturam, non nisi segregatione facta generis emptio naturam exuere et in speciei emptionem mutari potest.**) Sed minime a venditore sua sponte facta separatio naturam negotii mutat, sed tum primum exstat emptio venditio rei specialis cum segregatio consensu utriusque contrahentium perpetrata est.

Hac ratione sententiam supremi tribunalis mercatorii latam 5. oct. 1872. Stegem. 8. 276. comprobandam putamus, cum contra justum modum excedere videtur in eo, quod consensum emptoris omnimodo requirit.***) Puta, emisse quem centum modios tritici, quos admensos venditor ei advexit, quosque emptor sine justa causa refutat; vix dubitari liceat, quin oblatum triticum non pars generis, sed res specialis ducendum sit, et negotium ex emptione generis in emptionem rei specialis mutatum.

Aliter sane, si merito emptor recuset oblatum.

Sed etiam si inique recusavit emptor tamen dicendum erit, ex parte venditoris ea, quae obtulit, non omnino induisse singularum rerum naturam. Si exempli gratia, quas obtulit venditor res quasque rejecit emptor ex injusta causa,

*) cf. E. J. Bekker — Genuskauf — l. c. pg. 353. 354.

**) Plerumque segregatio perpetratur admetiendo, adpendendo vel adnumerando, quae respicientes juris fontes ipsius generis partes nominant res, quae pondere, numero mensurave constant. L. 35. §. 5. D. de empt. vend. 18. 1. Procul dubio segregatio et alio modo fieri potest, puta emptorem, cui jus eligendi fuit, ex grege capita notasse, quae ei traderentur.

***) Thoel Handels-Recht §. 73. 74. similem secutus est interpretationem.

venditor alii vendidit et tradidit, hoc ipso facto a venditione recessisse recte non putatur, cum nulla legis dispositio cogat venditorem, ut exerceat jura, quae concedit art.^{s} 343^{s} contra emptorem, qui versatur in mora accipiendi.*)

Si venditor ab emptore recusatas res retinet et usu consumit, vel alii vendit, nihil aliud agit, quam ut causam ad eum statum reducat, quo fuerit, antequam res oblatas ex genere segregavit. Minime dispositione tali *rem venditam* perimit, et prohibet, quominus contractus impleatur, quia emptori nondum nullum jus in segregatam partem generis quaesitum est, ex quo segregatas et refutatas res a venditore exposcere possit.

Periculum earum rerum, quas sprevit emptor, nullo alio modo in eum transflari potest, quam art.^{i} 343^{i} ope, vel ligitima depositione judiciali. Vendendo igitur ad modum art.^{i} cit.^{i} periculo et impensis emptoris, deponendo in horreo publico, vel apud tertium et offerendo judici venditor contradicente emptore generis emptionem in emptionem rei specialis mutat.

Quaeri possit, numne segregatione facta a venditore, cum emptor absque justa causa segregatam partem generis refutet, venditoris periculo res segregatae maneant, si intra tempus necessarium ad perpetrandam venditionem vel depositionem casu quodam perierunt. Videtur nobis et tunc periculum ad emptorem spectare, cum mora, in qua versatur emptor, superveniente mora venditoris quidem purgetur, venditori vero mora imputari non possit, nisi ulla negligentia intervenerit.**)

Ubi periculum rei ad emptorem transit, ibi procul dubio

---

*) cf. sent. summ. jud. mercat. lat. 27. Juni 1871. Stegemann 2. 367.

**) In generis emptione, cum quaeratur de periculi translatione duo potissimum tempora sunt observanda, segregationis et solutionis momentum. Ante segregationem factam periculum ad emptorem pertinere nequit, nec post solutionem apud venditorem remanere potest. Ihering — Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufe, Jahrb f. Dogmat IV. 366—438 — a solutionis momento exordiens, — Lieferungstheorie — ipsa vel culpa emptoris morata solutione, periculum ad emptorem transire proponit. Thoel. Handels-R. §. 73, segregationem respiciens — Ausscheidungstheorie — ab una parte factam rejicit. Quae supra proposuimus quaestionem ad medium tempus restringunt et ostendere student, quomodo in contradicentem emptorem pepericulum transferatur, quod per solam emptoris moram non fieri statuimus.

res, quae venit, specialis esse debet, cum generis periculum cogitari nequeat, nec generis a natura proditi nec factitii. Sane totius generis interitus venditorem liberaret, quam vero rationem non nisi in generibus fictitiis et arctissimae circumscriptionis considerare possumus, quamque infra in disquisitione negotiorum, quae ineunt mercatores cum iis, qui producunt vel conficiunt merces, accuratius perpendere tentabimus.

Generis emptionem quamquam certa definitione non describit, et solis art.^{s} 301^{o} 338^{o} rerum fungibilium expressis verbis facit mentionem codex noster, nonnullis tamen locis mercem — die Waare — ea ratione opponit rei mobili, ut mercis nomine designentur res fungibiles, rei mobilis verbo res speciales veluti art.^{o} 271^{o}, 273^{o}, 302^{o}, 306^{o}, 342^{o}; aliisque locis de mercibus loquitur, quibus in bursa vel foro est pretium, quod optime respondet ad naturam fungibilium rerum. cf. art.^{m} 343^{m}, 353^{m}, 357^{m}, 376^{m}. Cum vero art.^{s} 337^{s} omnem rem, quae venit, mercem denominet, cumque art.^{s} 313^{s} rei mobilis appellatione latissimo utatur sensu, vix contendere possimus, mercis verbo peculiare inesse momentum, quod ad emptionem venditionem generis spectet.

Quae res fungibiles habeantur, quae non, definitionibus omnino deficientibus, dijudicandum erit secundum contrahentium pactiones, consuetudines commercii, juris civilis praecepta.

de empt. ad gustum.

Res fungibiles in commercio ad gustum vendere resque speciales ad experiundum dare ea lege, ut sint emptae, si gustatione facta emptionem probet emptor, a consuetudine non abhorret. Emptionem talem cod. noster in art.^{o} 339^{o} ita definit:

emptionem venditionem ad inspiciendum vel gustum — auf Besicht oder Probe — sub conditione in dubio suspensiva, in voluntatem emptoris collocata, fieri, ut emptor mercem inspiciat aut exploret et probet.

Aeque codex civ. Nap. art.^{o} 1588^{o} verbis:

„La vente faite à l'essai est toujours pré-

sumée faite sous une condition suspensive"; Nec minus jus Borussicum I. 11 §. 133. Similiter juris communis fontes emptioni venditioni ad gustum naturam vindicant negotii, quod pendet ex conditione suspensiva.

quid sit, quod pendet ex conditione.

Certe infitiari non possumus peculiarem gigni defficultatem ex tali definitione, si quaeratur, quid sit, quod in empt. vend. ad gustum ex conditione possit pendere, cum res, quae venit, ejusque pretium omnino sint certa et definita, et videri possit solam emptoris voluntatem ad perfectionem non esse productam sed dilatam usque ad gustationem peractam vel experimentum factum.

Res si ita se haberet, opinionem, quam proferunt Thoel Handels-R. 571 et Goldschmidt Handels-R. II. 401, ad quam accedit in primariis Förster, Theorie und Praxis, II. 63 omnino comprobare possemus, cum re vera emptio talis nihil esset, nisi oblatio negotii, quae venditionis formam ex parte offerentis induxit eumque adstrinxit ut certo, vel interpellatione definiendo tempore, declarationem ejus exspectaret, cui oblatum est.

Perficiendi negotii consensu tali modo suspenso, recte dici poterit, emptionem venditionem nondum perpetratam esse, cum consensus totum amplectens negotium essentialibus emptionis venditionis non immerito adnumeretur.

L. 9. pr. D. de contrahenda empt. 18. 1.

„In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est, caeterum sive in ipsa emptione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio, emptio imperfecta est."

Voetius comment. 18. 1. 5. 1.

„Empt.[s] vend.[s] tria sunt requisita substantialia consensus, merx et pretium, quorum unum si desit, emptio non est."

Haec tria essentialia conditionem suspensivam recipere posse quoad rem et pretium, ita promptum et propositum, ut non egeat disputatione. Verum etiam consensus ipse conditione suspensiva restringi potest. Puta Cajum equum vendere Sempronio ea conditione, ut emptum habeat, si Titius crastino die probaverit; dubitandum non erit, quin Caji consensus quidem suspensus sit, nihilominus stet empt. venditio.

Cum nulla lex vetat consensum paciscentis ex facto,

quod extra voluntatem ejus versatur, pendentem fieri, sine ulla difficultate emptio venditio tali conditioni adstricta, pro rite perpetrata et valitura habetur, cum ex utraque parte obstricti sint contrahentes, et quod suspenditur, non sit ipsum pactum vel voluntas ad perficiendum pactum tendens — der eigentliche Vertragswille — sed, ut in effectum producantur, quae pepigerint partes.

In Lege 50. D. de contrah. empt. 18. 1. Ulpianus contra Labeonis sententiam porro tali modo suspensum emptoris consensum eo momento pacto accessisse putat, quo exstiterunt, quae extra ejus voluntatem posita erant, ita ut per eum stet, quominus conditio omnino impleatur. Ex hac lege minime vero argui potest, consensum ipsum supplendum esse, ubi per paciscentem stet, quominus consentiat. Conditio enim:

„bibliotheca sit empta, si decuriones locum mihi vendidissent, in quo ponerem"

non ab initio in voluntatem emptoris est posita sed mixtam habet naturam, et tum primum, cum decuriones locum vendere propensi fuerunt et parati, emptori potestas facta est irrita redendi, quae egerunt partes. Verba „si vendidissent" ex justa igitur interpretatione habentur pro „vendere essent parati."

Ceterum in emptionibus venditionibus unius contrahentium voluntati nullo modo posse committi, u t r u m e m p t u m s i t, n e c n e, diversae leges expressis docent verbis.

e. gr. L. 13. C. de contrah. empt. 4. 38.

„In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit nessitate contrahentes obligatio nulla est."

L. 34. §. 6. i. f. D. de contrah. empt. 18 1.

„Idem dicendum est etiam si emptoris fuit arbitrium, quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio ejus commissum sit, ut q u e m voluisset, emptum haberet, non et illud a n emptum haberet."

L. 7. pr. D. 1. c.

„nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, s i v o l u e r i t"

In emptione ad gustum, si i p s u m c o n s e n s u m ex voluntate emptoris suspensum accipiamus, sane leges citatae

3

vix essent conciliandae tali argumentationi, et mirari deberemus jureconsultos romanos, qui empt. vend. ad gustum ex conditione suspensiva pendentem existimaverunt, omnino oblitos esse, comparandi conditionem in voluntatem vendentis vel ementis collocari non posse. Talem contradictionem planam, haud scio, an jureconsultis veteribus imputare possimus; nec sine justa causa gustum in locum verae conditionis duxisse eos puto, quamquam in meram facultatem emptoris positus videri possit.

In emptionibus venditionibus conditionem si volueris, ad gustum tuum, ad experiundum minime omni modo eodem sensu adjiciuntur negotio, quod non fugit veteres jureconsultos, et

1°. quidem distinguendam putamus eam conditionem, qua, ut in gustatione vini, omne momentum in ipso gusto, id est sapore ementis positum est. Conditione tali facta, cum nullo modo emptoris arbitrium, ne naturali quidem aequitate, moderaretur, de gustibus enim non est disputandum, veteres jureconsulti venditionem non prius contractam putaverunt, quam degustatione adhibita, quasi tunc plenissima veneat res, cum fuerit degustata.*)

Tale pactum cum obstringat solum offerentem non eum, cui offertur negotium, re vera non est emptio, sed proponit emptionem futuram.**)

2°. omnino diversae a tali pactione conditiones ducendae sunt, quibus, etsi in arbitrium alterutrius contrahentium sint positae, tamen absoluta quasi inest lex, quam sine dolo malo ignorari non liceat. Ex hac ratione Ulpianus in lege 7. pr. de contrah. empt. 18. 1. venditionem hac lege factam, „sit emptus servus, si rationes computasset domini arbitrio," conditionalem esse dicit, et in boni viri magis quam in domini arbitrium conditionem collocatam putat, ita ut, si rationes poterit accipcre dominus, nec accepit, vel accepit,

*) cf. L. 1. pr. D. de periculo et commodo rei vend. 18. 6. L. 4. 1. c. Cato de re rustica 148.

**) Windscheid Pand. §. 314. 321. not. 24.

fingat autem non accepisse, impleta sit conditio emptionis, et ex empto venditor conveniri possit. Quam rationem approbare debemus in omnibus casibus, quibus ea, quae arbitrio subjiciuntur, absolutam recipiunt legem, computationi rationum similem.

Puta, venditionem esse factam ea conditione, ut emptus sit fundus, si emptoris arbitrio vacuam possessionem tradat venditor. Quae sit vacua possessio, ex lege enim non ex voluntate emptoris interpretandum est.

3°. Quae in medio versantur inter meram gustationem et arbitrium, quod certa lege definitur, mixtam habent naturam, cum enim emptoris gustum, tum arbitrium boni viri ex sua indole recipiunt. Cum vero fines, ad quos referri debent distinctiones tales, vix liceat constitui, placuit in ipsum emptorem transferre arbitrium boni viri. Quod convenit etiam ipsius emptionis venditionis interpretationi ut bonae fidei negotii.

L. 22. §. 1. D. de R. I. 50. 17.

„generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei judiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris ejus conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.“

Et in emptionibus venditionibus ad gustum hoc emptoris officium veteres ita constituerunt, ut ad boni viri arbitrium, non ex propria lubidine explorationem faciat. Haec emptori injuncta naturalis obligatio, ut honestam ostendat liberalitatem, procul dubio veteres jureconsultos movit, ut consensum ipsum minime putarent suspensum, sed emptionem ad gustum suspensam dicarent vera conditione, in qua mera emptoris voluntas moderaretur rationibus pro decore et verecundia.

de conditione resolutiva in empt. venditione ad gustum.

Cum ex voluntate contrahentium contra praesumptionem primae clausulae art.[i] 339[i] conditio resolutiva empt.[i] vend.[i] ad gustum sit adjecta, quaeri possit, quomodo ceterae art.[i] dispositiones juste adaptare possimus ei dispositioni, qua statuitur, emptorem, qui nondum probaverit, non esse obligatum.

Sane conditione resolutiva pendente, nec venditoris nec emptoris obligatio in suspenso manet, sed resolvitur negotium, cum exstitit conditio, id est cum reprobavit emptor.

Nobis igitur videtur clausulam alteram art.i 339i conditionem supponere suspensivam, ex praecedenti clausula praesumptam, inesse negotio, cum perdifficile sit intelligendum, quod discrimen inter conditionem resolutivam et suspensivam facere possimus, ne conditione resolutiva pendente quidem emptorem obligatum censeamus?

Conditio resolutiva enim ex propria sua natura pactionem, ut resolvatur negotium, pari modo suspendit, ut conditio suspensiva ipsum negotium, neque ullo alio distinguitur discrimine utraque conditio*).

Minime vero tertiam et ultimam clausulam art.i 339i ad conditionem suspensivam restringere possumus, cum causae, ex quibus venditor liberatur, vel emptoris silentium in probationem ducitur, ex generali sua indole alterutri conditioni conveniant.

Emptio venditio ad gustum, quae perficitur sub conditione resolutiva, nullo fere discrimine separatur ab ea, quae fit adjecto displicentiae pacto.**)

Statuere possis diversitatem aliquam ex eo, quod ultimae art.i 339i clausulae displicentiam ex silentio emptoris aliquando praesumunt.

Cum nulla legis dispositione statuatur, quo modo patefaciat emptor probationem, tam expressis verbis quam ipsis factis probare ei licebit. Puta, emptorem mercem ad gustandum traditam consumpsisse, vel rem ad experiundum datam vendidisse, vel ita ea esse usum, ut modum legitimum experiundi excesserit.***)

In his rationibus consuetudini mercatoriae datur occasio explicandi et supplendi normas, quas statuit lex interpretandi silentium emptoris. Temporis spatium, quo emptor voluntatem declarare debet, definire licebit usui mercatorio,

---

*) Thibaut Pand. §. 89. Vangerow Leitfaden §. 96. Windscheid. Pand. §. 86.

**) L. 3 de contrah. empt. 18. 1.

***) L. 20. pr. D. de praescriptis verbis 19. 5.

nec non extendere praesumptionem ex emptoris silentio ad ea negotia, ubi non mercem ipsam, sed exemplar ejus tradere solent, vel modo emptori potestas fit sumendi exemplar.*)

In silentii emptoris interpretatione cod. noster juris Borussici sequitur praecepta, quae Th. I. Tit. 11. §. 333 seq. factae traditioni singulare quoque tribuunt momentum, ex quo, quae egit vel omisit emptor, judicantur.

Enuntiata vel ex silentio emptoris praesumpta probatione emptionem ab initio convalescere manifesti juris est, dummodo vera emptio venditio intercesserit, nec forsan res ad experiundum sint traditae sub pacto, ut si placuerint, de emendis agatur. cf. L. 20. D. cit. 19. 5.

Ab emptione venditione ad inspiciendum, experiundum vel ad gustum omnino discrepat ea, quae fit exemplo dato sub dicto promisso venditoris, mercem talem futuram, quale exemplum. Hoc negotium nulla conditione suspenditur, sed ab initio stat. Quod traditur specimen mercis pars integra est ipsius pactionis et loco descriptionis habendum, ea ratione, ut, cum mercis natura arctam impediat circumscriptionem, perficiatur negotium sub lege, ne merx exemplum fallat. **de emptione exemplo dato.**

In emptionibus venditionibus, quae fiunt sub hac lege, saepenumero moventur quaestiones de onere probandi. **de probandi onere.**

Adumbratio Borussica codicis nostri in art.[i] 256[i] claus. 2[a] venditori imposuerat probationem, mercem, quam obtulit emptori, dati respondere specimini, excepto eo casu, quo emptor exemplum, fidei suae commissum, exhibere non posset, nec probaret, id sine dolo vel culpa effici non posse. In deliberanda adumbratione altera clausula art.[i] extincta est, sed minime deliberantes reprobaverunt sententiam prolatam, sed ne adimeretur probationis quaestio juris processus ditioni, cui ex sua natura subjecta esse deberet.*)

Sane etiam dubitare non possumus, quin ei probandi

*) cf. Meier in Loehr, Central-Organ für das deutsche Handels- und Wechselrecht. 4. Band, pg. 388.

**) cf. act. Norimb. sess. 69. pg. 615.

onus incumbat, qui ab emptore poscit, ut mercem oblatam exemplo agnoscat parem, et solvat pretium. Pariter ac specimine non dato ostendere debet venditor, quam obtulit mercem talem esse, quam lege contractus futuram caverat, vel deficiente speciali circumscriptione mediae qualitatis esse et bonitatis.*)

Sin vero emptor mercem oblatam accepisset, ipsoque facto agnovisset, mercem quoad generales rationes suo quidem arbitrio talem fuisse, qualem specimen datum demonstraverat eam, exceptio, mercem fefellisse exemplum, ex speciali fundamento duceret originem, eoque pertineret, *adimplevisse quidem venditorem contractum, sed, cum legi contractus non rite satisfecerit, obligatum esse emptori in id, quod interesset.*

Facta, quibus nititur haec exceptio, ab emptore probanda esse vulgaris opinio concedit, eo saltem casu, quo venditori objicit emptor, rem traditam vitiosam esse, vel non praestare qualitates promissas.**)

Quam vulgarem opinionem probavit jam pridem summum tribunal Borussicum in judicando, eandemque adoptavit summum imper. jud. merc. in sententiis latis 22. Dec. 1871. et 7. Maj. 1872. cf. Stegem. 6. pg. 152. 7. pg 85, et aliis.

Sententiarum illarum rationes approbare cogimur, cum naturalibus regulis probationis respondentes, tum ipsum ingenium juris mercatorii sequentes.

Cum enim art.^{i} 346^{s} 347^{s} emptorem interpellent mercem oblatam non nisi praevia inspectione ut accipiat, et insuper clausula ultima art.^{i} 347^{i} ad emptionem venditionem, quae fit ad exemplum, clausulas praecedentes extendat, quibus statuitur, mercem ab alio loco advectam inspiciendam esse absque mora, recte colligimus, emptorem eo quod accepisset concessisse, mercem specimini dato respondisse, et venditorem tradendo implevisse contractum. Ex quo sequitur, si contra approbationem suam ad venditorem regredi velit, vel ut venditor quod interest praestet, vel ut dirimatur emptio venditio, probare fundamentum regressus debere emptorem.

---

*) Art^{s} 335. Sent. summ. jud. mercat. lat. 21. Junii 1872. Stegem. 8. 43. Thoel, Handels-Recht §. 73. Windscheid, Pandect. § 321.

**) cf. Thibaut, Pand. §. 472. Vangerow §. 607. Windscheid §. 321. Treitschke, Kaufvertrag §. 82.

In generali igitur statuere possumus, emptorem ipsa acceptione mercem probasse omnibus iis rationibus, quae justam inspectionem et explorationem non fugiunt; in iis vero, quae statim cognosci non possunt, velut vitia latentia, accipiendo quidem ea afuisse, nullo modo agnovisse emptorem, tamen ostendere debere eum, inhaesisse ea merci tempore traditionis.

Emptio venditio, quae fit adjecta causa, ut emptor gustet vel experimentum faciat — Kauf zur Probe — gustandi vel experiundi causa facta, quam notat art.[s] 341[s] nullius peculiaris est momenti, cum nihil fecerit emptor, quam ut superfluum aliquid enuntiaverit. **emptio quae fit gustandi causa.**

Est alia distinctio memorabilis emptionis venditionis mercatoriae, qua opponuntur negotia, quae fiunt uno et eodem loco, iis quae perpetrantur ex locis distantibus — Platzgeschäfte — Distanzgeschäfte. — **de negotiis quae vocant Platz-Distanz-Geschäfte.**

Negotium locale — Platzgeschäft — denominant emptionem venditionem, quae in eodem emporio ab initio usque ad solutionem peragitur, quae adimpletur ubi habitant contrahentes, vel ex negotiatione sua domicilium constituerunt. Contra emptio venditio, quam vocant — Distanzgeschäft, ex diversis fit locis, ita ut advehi debeat merx emptori ab alio loco, vel alibi tradi, quam eo loco, quo vel habitat vel domicilio utitur ex negotiatione.

Contrahentes diversisne locis habitent nec ne, nihil refert, cum peregrino loco possint perpetrare emptionem venditionem localem, aeque ac in domicilio utrique communi, empt. vend. ex distantia. Refertur distinctio ex sua natura ad traditionem mercis magis, quam ad contrahentium personas. Puta, Titium et Lucium, quorum uterque Berolini habitat, cum sibi Hamburgi occurrant, negotium inire, ex quo Lucio Titius quantitatem sacchari ex India occidentali navi advectam vendit, quae Hamburgi traditur. Procul dubio negotium perpetratum Hamburgense est locale —

Hamburger Platzgeschäft. — Sin vero saccharum venditum Hamburgo Berolinum ut adveheretur, statuerunt, negotium ex distantia ineunt.

Essentialem igitur differentiam duorum negotiorum in eo possumus ponere, quod traditio in negotio locali de manu quasi in manum fieri debet, cum contra in negotio ex distantia res traditur ope subvectionis, vel alio modo, quo removetur interventio directa contrahentium.

Conditiones, quae spectant ad negotia, quae fiunt ex distantia, proponuntur art. ° 324° claus. 2ª, 344°, 345°, 347°, 349°, cl. 3ª, concernunt locum, quo tradi debet res vendita, transvehendi modum, periculi translationem, accipientis officium, mercem ut exploret et quam citissime mancam et vitiosam mercis conditionem notam faciat venditori, nec non curam, quam debet applicare emptor, ne merces refutatae corrumpantur.

Negotium, de quo agitur, utrum locale sit, an ex distantia factum, in commercio plerumque ea ratione auctoritatem obtinet peculiarem, quod in negotio locali legalis possessionis translatio cum mercatoria acceptione in idem incidit temporis momentum, cum in negotio ex distantia facto, ex regula hoc fieri nequeat. Mercatoriarum legum codex vero ad traditionem et acceptionem naturalem — Ablieferung und Empfangnahme — non ad legalem possessionis translationem refert obligationem emptoris explorandi mercem et vitia notandi.

Hoc loco sententiam summi trib. mercatorii latam 16. April. 1872. Stegem. 6. pg. 345. memorandam putamus, qua art.ˢ 347ˢ ad negotium trahitur, quo venditor ex lege contractus rem venditam debuit tradere in officina sua. Emptor eo misit aurigam, ut traditam rem adveheret. Rem advectam reprobavit emptor, et in judicio, obtinuit, cum statueretur negotium ex distantia factum esse.

Nobis vero videtur emptorem, qui ex officina venditoris se rem venditam ablaturum esse promisit, obligatum esse, ut in officinam mittat procuratorem, qui vice sua fungatur, cui fecerit potestatem tollendi rem, ejusque arbitrio ipso facto permissum putamus, ut decernat, merx respondeatne legi contractus nec ne.

Quid enim, si venditor mercis traditionem denegasset aurigae misso, nisi antea emptor explorasset et probasset mercem, nonne emptoris esset, ut vel ipse vel per procuratorem in officina mercem exploraret?

De negotiis, quae pendent ex conditione praeter emptionem venditionem ad gustum, codex noster amplius non disponit. In his igitur leges civiles, quae pollent in regionibus diversis plenam obtinebunt auctoritatem. Cumque hae leges haud parum inter se discrepent, magnae enitere debent diversitates, quibus supra mota quaestio de legibus, secundum quas interpretandum sit negotium, maximi esse momenti monstratur. de emptione quae pendet ex conditione.

E. gr. codex Nap. civ. art.° 1184° conditionem resolutivam, ex qua alteruter contrahentium a negotio recedere potest, si contraria pars debitum non praestet, omnibus negotiis bilateralibus inesse putat, cum contra cod. leg. Boruss. I. 5. §. 393. 394. denegante altera parte, alteram partem ex regula cogit, adeundo judicem exposcere, ut praestet ille promissa. In quo concordat cum jure communi.*)

Conditionem impletam ad negotii initium retrotrahit jus commune. L. 1. §. 1. D. qui pot. in pignore 20. 3. et codex Nap. art.° 1179°. Jus Borussicum non nisi eam conditionem, quae in praeteritum collata est, quaeque igitur improprie tantum conditionis nomen usurpare potest, ad initium negotii trahere permittit.**)

In commercio sane negotia conditionibus adstricta raro perficiuntur, cum mercaturae natura properam exposcat decisionem negotiationis et ambiguitatem longiorem non sustineat.

Quae vulgo conditiones nominantur, negotium vero nullo modo suspendunt, in omnibus negotiis usitatissima quidem sunt, sed immerito tantum conditionibus adnumerantur, cum ad dicta promissa referri debeant. Emit e. g. quidam 40

*) cf. Thibaut §. 672. L. 14 C. de resc. vend. 4. 44. conferas etiam L. 10. C. de act. empt. vend. 4. 49.

**) Allgem. Land-Recht, I. 4. §. 102. 115. 140. I. 11. §. 258. 259.

dolia olei, quae tradenda sunt quinto decimo die mensis Januarii proximi, vel decem pondo cinnami Ceylonensis ejus conditionis, ut sint ex messe ultima. Quae tali modo legi contractus inseruntur pactiones, obligant contrahentes, cum contra, ut impleatur conditio, nullo modo exigi possit *)

Generis emptionem nonnulli negotium quasi conditionale nominaverunt auctoritate legis 35 §. 5. i. f. D. de contrah. empt. 18. i. quae edicit:

„Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata, admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulas metretas etc.“

Cum vero contrahentium uterque, ut adnumeretur, admetiatur vel adpendatur, possit exigere, conditioni non adstringunt negotium.**)

Perlustratis hactenus diversis emptionis venditionis generibus commercio usitatissimis, transeamus nunc ad ea, quae efficit inter contrahentes negotium initum.

In finibus arctissimis, qui disquisitioni nostrae sunt statuti, sane de peculiaribus duntaxat effectibus juris mercaturae disceptare possumus, neglectis omnibus, quae originem ducunt ex communi jure civili.

Emptio venditio cum sit negotium bilaterale ab initio ex utraque parte parit obligationes et actiones.

venditoris obligationes. praestanda diligentia. a in custodienda merce.

A. Venditoris obligationes sunt:

1. Usque ad peractam traditionem, nisi emptor versetur in mora accipiendi, venditor cum diligentia boni viri negotis imbuti — Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes — rem venditam custodire tenetur. Art.[i] 343[i] claus. 1[a]. Quod officium minime incumbit soli mercatori — art.[s] 277[s] — sed omni venditori; ideoque exposcit art.[s] cit.[s] diligentiam n e g o t i a t o r i s non m e r c a t o r i s.

*) cf. L. 41. pr. i. f. D. de contrah. empt. 18. 1. „Si vero sub conditione facta emptio est, non potest agi, ut conditio impleatur. — Treitschke Kaufvertrag — §. 42. Windscheid §. 86. 1.

**) cf. Thoel, Handels-Recht §. 64.

Finitur obligatio momento, quo emptor in mora accipiendi versari coepit. Tunc venditor jure, quod concedit ei art.s 343s uti potest, et injuste repugnante invitoque emptore, contractum implere potest, quod fit deponendo in horreo publico vel apud tertium.

Depositionem judicialem etsi art.s cit.s non memorat, per se tamen intelligitur, deponendo quoque apud judicem obligationem implere posse venditorem, cum depositio apud judicem ordinarium generaliter tollat obligationem, dummodo ex justa causa facta sit a debitore.*)

Venditori quoque patet, rem venditam et refutatam praevia comminatione publice vendendam curare, vel venditionem mercis, cujus pretium notatur in foro vel bursa, comminatione facta per proxenetam similemve perpetrare officialem. Depositione facta periculum rei et expensae transeunt ad emptorem, qui moratus est, et liberatur venditor ab obligatione rem tradendi; quam liberationem quoque adipiscitur venditione rite perpetrata.

b in eligendo transvectionis modum.

2. Est alia conditio, qua traditione nondum peracta, venditori irrogatur officium quoddam in negotio, quo merx ex alio loco emptori subvehi debet, nec subvehendi modum emptor definivit. Tum enim art.s 344s committit venditori, ut cum probi mercatoris diligentia, emptoris loco constituat de transmittendi modo, et eligat eum, cui mandetur vectura

Verba quibus utitur art.s 344s „diligentia probi mercatoris" aperte docent, ipsam articuli definitionem ad vendentem mercatorem restringendam esse ex art.i 277i dispositione, cum venditori, qui non facit mercaturam, probi mercatoris diligentiam injungere nequeat.

Vecturae periculum et expensae ceterum sunt emptoris, nec venditori qui expensas se praestaturum esse promisit, ob hoc solum periculum vecturae irrogari licet.

---

*) L. 9. C. de solut. 8. 43. Jus boruss. I. 16. §. 213. Codex civilis Napol. art. 1257.

traditionis locus.

3. Venditoris est tradendo rem ex sua parte contractum adimplere. Art.[s] 342[s], 355[s].

Quod attinet locum, quo perpetranda est traditio, art.[s] 342[s] allegando art.[i] 324[i] claus. 1[m] delegat ad pacta expressa contrahentium, ad negotii naturam, ad praesumptivam emptoris et venditoris voluntatem. art.[s] 278[s]. Ex citatis rationibus, ni patet locus, quo tradenda est res vendita, traditio eo loco praestanda est, quo venditor ex persona sua, vel negotiatione, quam facit, domicilium constitutum habuit eo tempore, quo emptio venditio perpetrata est. Res vero specialis, quae tempore, quo pacti sunt contrahentes, scientibus illis, alio loco asservatur, hoc ipso loco tradenda est. Art.[i] 342[i] claus. 2[a].

Traditionis, praesertim admetiendi vel adponderandi, mercem, expensae in dubio ad venditorem spectant. Art.[s] 251[s].

traditionis tempus.

4. Quo tempore venditor rem venditam debeat tradere, secundum praecepta generalia codicis nostri de negotiis mercatoriis adimplendis dijudicandum erit, ex quibus sequitur:

primum contractus legem observandam esse, qua deficiente

deinde omni tempore, perfectioni emptionis posteriori, emptorem exposcere posse, ut tradatur sibi res vendita, Art.[s] 336[s].

ni tertio conditiones casus in terminis aliam rationem indicent; e. g. nimiam exiguitatem temporis demonstrent, vel usus mercatorius diem traditionis praefiniat;

quarto constituto die intra usitatas negotiorum horas non toto die perpetrandam esse traditionem docet art.[s] 332[s].

Insuper memorandum est secundum art.[i] 329[i] definitionem, si tradendi tempus cadat in diem solis vel feriatum, sequenti profesto tradendum esse, cum contra, si spatii designati ultimus dies cadat in feriatum diem, profestus praecedens ultimus habetur, quo venditor rite tradat. art.[s] 330[s].

5. Traditionem, quae ex regula periculum rei transfert in emptorem, secundum juris civilis sanctiones perpetrandam esse liquet, cum codex noster de tradendi et periculum transferendi modo nihil enuntiaverit, nisi in art.° 345°, quo statuitur, periculum rei, quam venditor ex justa causa loco emptoris procuratori mercium transvehendarum, aurigae vel nautae tradidit, ut transvehatur, ad emptorem devolvi. Ultima art.ⁱ clausula vero expressis verbis juri civili reservat, ut periculum rei ex priore jam tempore in emptorem transferatur.*) quomodo fiat traditio.

Quae jam supra memoravimus art.ⁱ 343ⁱ dispositiones, aeque ac depositio judicialis rei venditae, efficiunt, ut contractus deficiente traditione pro impleto habeatur, potestatemque faciunt venditori ab emptore pretii solutionem petendi. Venditor, qui neutro jure per art.ᵐ 343ᵐ sibi commisso utitur, nec recedit a contractu, ubi emptoris solvendi mora ei facit recedendi potestatem, — art.ˢ 354ˢ — remanet obligatus periculumque retinet.

Emptoris obligationes.

1. Emptori quoque traditione nondum perpetrata mercis curam quandam irrogat lex, cum art.ˢ 348ˢ obliget eum, ut mercem, quam ex justa causa refutavit, ad interim ipse asservet, ad asservandum tertio det, vel, si metuendum sit ne merx corrumpatur, et periculum sit in mora, observatis art.ⁱ 343ⁱ dispositionibus vendat. cura mercis refutatae.
2. Rem oblatam, si respondet dictis et promissis vel legis postulationibus, accipere debet emptor. art.ˢ 346ˢ. Statimque accipere debet, ni usus loci, vel negotii conditiones vetant. Expensae, quae accipiendo mercem efficiuntur emptoris sunt. art.ˢ 351ˢ. accipere debet emptor.
3. Principalis obligatio emptoris in solutione pretii est posita. Praestanda est, cum res vendita traditur, nisi pactio, usus mercatorius, aut negotii ipsius natura alium diem definiverint. art.ˢ 342ˢ cl. 3ᵃ, et quidem impensis et periculo emptoris. de solutione pretii.

Quod attinet solutionis locum, eum spectandum esse notat art.ˢ 342ˢ, referendo ad art.ᵐ 325ᵐ, quo habitavit vel negotiatus est venditor eo tempore, quo solutionis locus.

*) cf. L. 8. pr. D. de peric. et commodo rei vend. 18. 6. Codex civ. Nap. art.ˢ 1583ˢ.

poscendi pretii jus natum est; — zur Zeit der Entstehung der Forderung. — Cum de tempore quaeratur, quod demonstrant, quae allegavimus, disceptari possit, utrum intelligendum sit perpetratae venditionis momentum, an traditionis tempus, an quo ex pactionis lege emptor solvere debeat. Neque sine aliqua specie fundatae veritatis contendere liceat, venditori actionem non prius nasci, quam eo tempore, quo de pretio emptorem convenire possit; igiturque ipsius solutionis tempus esse spectandum. Cum vero emptio venditio quum secundum juris civilis praecepta, tum ex specialibus, quas supra memoravimus cod. mercat. leg. dispositionibus negotium sit, quo statim obligantur ex utraque parte contrahentes, et ab initio venditori pretii petendi defertur jus, quod quidem, cum venditor emptorem conveniat ante solutionis diem, exceptione repellitur, sed ad tempus tantum, non quoad juris substantiam,*) tempus spectandam esse putamus, quo perpetrabatur emptio venditio, et eo loco esse solvendum, quo tum domicilium collocaverat venditor.

Hanc interpretationem etiam clausula sec.[a] art.[i] 342[i], quam supra citavimus, quoad venditoris officia, fulcire possumus, cum nulla inveniatur causa, ex qua traditionis locus aliter definiatur, quam solvendi pretii locus.

de pretii usuris.

4. De pretii usuris quaerentem art.[i] 342[i] cl. 3[a], ex cujus dispositione pretium solvendum est simul ac rem tradit venditor, inducere possit, ut emptorem obligatum putet, ut usuras pendeat ex die traditionis, nisi ipsa pactione de alio tempore convenerint partes. Quod etiam fulciri possit juris civilis praeceptis, quae ex regula venditori concedunt usurarum postulationem inde ab tempore traditionis.

cf. L. 23. §. 20. D. de act. empt. vend. 19. 1.

„veniunt autem in hoc judicium infra scripta, inprimis pretium, quanti res venit, tum usurae pretii post diem traditionis, nam cum re emptor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere.**)

*) cf. Vangerow Leitfaden, I. §. 147. Windscheid Pand. §. 109. contra Thibaut Pand. §. 1020.

**) Thibaut Pand. §. 510. Vangerow §. 588. Treitschke Kaufvertrag §. 79. Jus Borussicum Th. I., Tit. 11. §. 109 sep.

Similiter codex civ. Nap. art.º 1652º deficiente usurarum stipulatione, tum saltem venditori potestatem facit exposcendi usuras, cum res, quae venit, prodit fruges. Pariter quoque jus territoriale Badense art. supl. 109º.

In judicanda vero usurarum quaestione secundum mercatorias leges respicere etiam debemus art.^{i} 288^{i} generales dispositiones, quae sententiam illam, „dies interpellat pro homine" in causis mercatoriis non utique probant, et usurarum cursum ex die interpellationis incipere statuunt.

Solis mercatoribus art.^{s} 289^{s} in negotiis ex utraque parte mercatoriis, invicem usuras sibi computare absque interpellatione concedit, quod vocant mercatores „computationem pro et contra."

In ceteris conditionibus, qui ex sua parte negotium fecit mercatorium, debitorem interpellare debet, quod ex altera clausula art.^{i} 288^{i} solo transmittendo rationes rite non peragitur.

Deficiente interpellatione minime vero impeditur creditor, quominus usuras secundum civilis juris praecepta exposcat, quod etiam omnibus licet, ex quorum parte negotium mercatorium duci nequeat.

Qui pretium ante diem constitutum solvit interusurium deducendi non habet jus, nisi venditor consentiat, vel pactum aut commercii usus ei faciant potestatem.

Communia emptoris et venditoris.

Ex mercaturae propria indole, quae fide bona nititur, colligere licebit, generaliter utrumque contrahentem in negotio mercatorio servare debere bonam fidem, quam singulis rationibus ad diligentiam quandam praestandam lex ipsa extendit, velut art.º 343º 344º. Recte igitur sententia summi jud. mercat. lat. 1. Dec. 1871, Steg. 8, pg. 37. utrumque contrahentem obligatum putat, ne adversae partis causam prorsus negligat, neque probat, adversarii, qui in mora versatur, sine urgenti necessitate damnum augeri. de bona fide.

Quoad obligationis materiam et ea, quae venditor praestare debet et emptori exigere licet, secundum art.^{i} 346^{i} 347^{i} dispositiones, primo loco contrahentium pollent pactiones, quibus deficientibus art.^{i} cit.^{i} ad art.^{m} 335^{m} referunt, qui edicit:

„quo casu de qualitate et bonitate mercis contrahentes accuratius nihil sunt pacti, mediae qualitatis et bonitatis mercem venditor debet praestare.“

Haec dispositio excludatne usum mercatorium contrarium, ex art[i] primi ratione disceptari possit. Cum vero qualitas et bonitas mercis, earumque per gradus divisiones ex solo fere mercatorio usu possint dijudicari, cumque art.[s] 335[s] regulam interpretandi magis, quam normam praebeat absolutam, et in interpretando voluntas paciscentium sit exploranda, nec verba premi liceat — art.[s] 278[s] —, usui atque consuetudinibus commercii magna reservatur et ampla auctoritas. Quod jam in act. Norimberg. pg. 590 respectu diversorum ordinum, quos constituit usus in mercium generibus, memoratum invenies.

de pondere, numero, mensura.

Cum emptione venditione mercatoria ex regula veneant res fungibiles, ex necessitate ponderis, numeri, mensurae mercis rationem duci oportebit, et quaestio existit, utrum venditor totam quantitatem venditam uno actu debeat offerre, et emptor ob solum defectum quantitatis oblatum refutare possit, an oblatam minorem quantitatem debeat accipere.

Jus Borussicum quidem I. 11. §. 207 expressis verbis emptori invito minorem quantitatem obtrudi vetat, quod etiam juris communis rationes probant.*)

Mercatorum vero consuetudo magis inclinat, ut venditoris obligationem agnoscat talem, quae dividi possit, cum mercis fungibilitatem minorem vix ducat, quam ipsius numeratae pecuniae, et libenter debiti partem solvi patiatur. Quam consuetudinem art.[s] 38[s] legis cambialis germaniae comprobavit etiam in cambiis. Dividuam naturam obligationis codex noster minime quidem generali dispositione agnoscit, sed art.[o] 359[o] probari concedit secundum conditiones nogotii, velut ex indole pacti ipsius, intentione contrahentium, vel qualitate mercis. — Puta, mercis tantam venisse copiam, ut uno actu tradi nequeat, aut contrahentes pepigisse advectionem frumenti venditi ad scapham, in quam sensim, quod advectum est, transfertur.

de mora.

Obligationibus supra expositis, qui non satisfecit, in

*) Voetii Comment. 19. 1, 13—46. 3, 11.

mora versatur praestandi, qui juste oblatum rejecit, in accipiendo moratur.

Utraque mora, ut habeat legitimam vim et in jure effectum, secundum juris civilis praecepta ex culpa morati originem ducere debet.*)

Quod vero non latiore sensu interpretandum, quam eo, ut haec cunctatio non ex solo casu, extra voluntatem morati posito, originem sumere possit. In quantum culpa concurrat cunctantis nihil refert, dummodo ne omnino absit.

Quod attinet praestandi moram venditoris in negotiis sensu proprio mercatoriis, sane ex mercatus ipsius indole, morae notionem in eum extendi modum licebit, ut culpose moratus et is habeatur, qui secundum quotidianae vitae usum omni culpa carere putetur.

E. gr. qui C. dolia harengarum sale conditarum vendidit et incendio orto copiam, quam habuit reconditam, perdidit, nihilominus morari censetur, cum ejus sit periculum mercium reconditarum, nec emptoris intersit, unde sumat venditor ex genere venditam quantitatem.

Aliter si res specialis venit. Puta, vendidisse quem C. dolia in horreo recondita et incendio orto ipso traditionis die tradere impediri; vel equum venditum, tempore traditionis aegrotantem, emptori adducere non posse venditorem.

Quae efficit in negotiis mercatoriis emptoris vel venditoris mora, haec sunt:

A. Praestandi moram concernentia.

1. Merce nondum tradita, si alteruter contrahentium versatur in mora, alteri parti, a pactione recedere licet. art.[s] 354[s], 355[s].

   Venditor hoc casu etiam ut impleatur contractus et ut sibi damnum, ex solutione retardata datum sarciatur, exigere potest, vel suo arbitrio mercem secundum art.[i] 343[i] praecepta vendere et damni compensationem exposcere. Emptor, ni a pacto recedat, traditionem cum damni compensatione, vel traditionis loco compensationem damni, quod sentit, omissae traditionis causa recte exigit.

---

*) Thibaut Pand. §. 98. Vangerow Leitfaden §. 588. Windscheid Pand. §. 276. jus Boruss. I. 11. §. 96. 98.

2. Traditione facta a pacto recedere nequit, aeque ac

B. accipiendi mora, in qua versatur alter contrahentium, alteri non facit potestatem pactum deserendi.

Sequuntur hae definitiones ex art.[i] 354[i], 355[i] dispositionibus junctis cum art.[i] 343[i] praeceptis.

Emptorem, qui mercem se accepturum negat, venditor convenire potest, ni malit traditionem perpetrare secundum art.[i] 343[i] dispositiones, vel depositione judiciali. Venditori, qui pretium debitum accipere recusat, deponendo apud judicem satisfacere potest emptor. Articuli 354[s], 355[s] optionem concedunt ei, qui in mora non versatur, et morati obligationem faciunt alternativam. Nec vero variare licet ei, cui optio facta est, sed quem elegit modum porro deserere nequit.

de purgatione morae.

Temperatur aliqua ratione asperitas juris mercatorii, quam supra memoravimus, in aestimatione culpae morantis art.[i] 356[i] dispositione, ex qua ei, qui versatur in mora, aequum tempus ad purgandam moram concedi oportet. Dilationem vero ultro largiri nemo cogitur, nec utique ei, qui contractum se adimpleturum prorsus negat, sed ei tantum, qui moram purgare paratus est. Dilationem enim art.[s] 356[s] non indistincte et absolute requirit, sed tum modo, cum negotii natura id patitur, nec ampliorem, quam causae rationi convenientem et modicam.*)

de notificando recessu a pactione.

Qui ob moram ab altera parte factam a pacto recedere, vel adimpletionis loco, ut sarciretur sibi damnum ex denegata solutione ortum, exigere statuit, moranti hoc notum facere debet. art.[s] 356[s]. Haec notificatio ut fiat omnino est necessarium, nec ulla conditione moderatum, cum secundum mercaturae indolem, et ex bona fide, quae nec moram facienti denegari licet, uterque contrahentium optionem sibi devolutam sine ulla cunctatione perficere et, quae statuit, alteri nota facere debeat. Cumque in emptionibus venditionibus ex regula intentiones contrahentium spectent ad pacti conservationem ejusque adimpletionem, naturalis ratio dedit ansam ad injungendam denuntiationem ei, qui elegit insolitum i. e. pactum desertum habere statuit.**)

---

*) cf. sent. summ. jud. mercat. lat. 6. Martii 1873. Stegem. 8. 359.

**) cf. sent. summ. jud. mercat. lat. 15. oct. 1870. Stegem. I. 124.

In emptionibus venditionibus cum termino traditionis mercium strenue praefixo, quas dicunt — Fixgeschäfte — negotia fixa — jus mercatorium morae effectum omnino aliter definivit, quam in empt. vend. vulgaribus. de negotiis fixis.

Negotii enim fixi propriam indolem in eo potissimum posuit, ut tempus praefixum essentiale haberetur ipsius negotii, quod art.s 357s verbo „genau" — accurate — exprimit. Haec distinctio aperte docet; tempus vel temporis spatium empt. vend. adjectum nondum efficere, ut negotium fixi nomine recte possit appellari, sed tum duntaxat, cum ex lege contractus vel causae conditionibus statui licet, nisi tradendo intra tempus adjectum impleri omnino nequeat contractus. Emptio venditio, cui diem vel temporis spatium adjecerunt paciscentes, nec vero ea lege, ut quasi caput pactionis haberi posset, ad certam quidem traditionis tempus producta est, — Zeitkaufsgeschäft — negotiis fixis autem nullo modo adnumerari potest.*)

Quantae diversitates ratione temporis adjecti possint oriri, clarius intelliges, cum respexeris sententias a summis judiciis in hisce causis latas. E. gr. summum tribunal Borussicum in sententia lata 19. Maji. 1864. Striethorst 53. 261. terminum verbis designatum — „bei offener Schifffarth" — „cum navigatio aperiatur," fixum duxit, ideoque negotium secundum art.i 357i normas interpretatum est.

Summum judicium mercatorium contra in judicando constanter secutum est rationem, quam supra exposuimus, ex qua negotium fixum quasi excipit contra generalem empt. vend. normam, qua moderatur temporis adjecti rigor quodammodo secundum art.i 356i dispositiones.**)

Ex prolata ratione sententiae latae 1º et 4º die Junii 1872 in emptione ex distantia facta, interpretatae sunt contra negotium fixum, cum vectura mercium improvisis atque inopinatis impedimentis subjecta sit.

Ut rei fert natura, quae veneunt negotio fixo, res sunt fungibiles non speciales, quod docet etiam origo art.i 357i ex art.º 273º et 274º adumbrationis Borussicae, docentque disceptationes in actis Norimbergensibus de ne-

*) Loehr, Central-Organ II. 377. Thoel, Handels-R. §. 87.

**) cf. sent. summ. jud. mercat. l., 1. Junii 1872. Stegem. 7. 200. 4. Junii 1872. ibid. 214. 28. oct. 1871 ibid. 4. 177.

gotiis fixis relatae, quae directae sunt contra negotia, quae in sponsionis modum solum differentiam pretii spectant — die reinen Differenzgeschäfte —

Ex negotii fixi natura porro sequitur, dilationem venditori ut largiatur, emptorem omnino non esse obligatum, cum termino elapso, pactam solutionem praestare nequeat venditor. Congruentius igitur cum adumbratione Borussica definiendum fuit, solutionem justo tempore omissam omnino rejiciendam et ad aestimationem ejus, quod intersit, recurrendum esse.

Repulit ab hac definitione, ut docent acta Norimbergensia, metus inanis negotiorum solam pretii differentiam spectantium, et concessum est art.° 357° utrique contrahenti, ut exigat contractus adimpletionem

de notificanda voluntate ut impleatur contractus. Cum vero naturali rationi praestatio ejus, quod interest, magis respondeat, is, qui compellere vult alteram partem, ut impleat contractum, pari modo consilia sua nota facere debet, ac in empt. vend., quibus terminus fixus non adjectus est, qui adimpletionem rejicere statuit, hoc alteri parti denuntiare cogitur.

Memorandum ceterum, et negotia, quae non nisi pretii differentiam spectant, minime a codice nostro reprobari, quod etiam statuit sum. jud. mercat. in sent. lat. 24. Junii 1871. Stegem. I. 203. Pangendi libertatem enim nullo modo coarctat lex; cum vero negotia, quae ipsa pactione rejiciunt solutionem quae fit tradendo rem, quam venditam nominant, emptionis venditionis nomine immerito sane nominentur, cumque codex legum mercatoriarum omnino de eis sileat, secundum jura territorialia erit interpretandum, quae sit eorum vis ac potestas.*)

de praestandis rei qualitatibus. Restat ut aliqua memoremus de conditionibus, quibus junguntur emptor et venditor, quoad praestandas rei venditae qualitates.

Omne defectum debitae conditionis rei venditae vitium — Mangel — appellat codex legum mercatoriarum. Praes-

*) cf. sent. summ. jud. mercat. lat. 4. Junii 1872. Stegemann 8. 16.

tandum est a venditore, abesse vitia, nisi forsan in persona emptoris jus ut promissa vel legalia exigat, sit exstinctum.

Hac ratione, si emptor rem oblatam absque reclamatione accepit, cum vitia statim sensibus cernere potuerit, probasse mercem recte putatur.*) **de vitiis notandis.**

Quae in negotio, quod fit ex distantia pari modo ordinat art.s 347s injungendo emptori, ut mercem advectam, statim perscrutetur et vitia reperta venditori nota faciat. Quod si neglexerit, ea tantum vitia porro notare ei licet, quae in negotiis gerendis usitatam explorationem fugerunt.

Haec emptoris obligatio, ut brevissimo tempore notet mercis vitia, ex ipsius commerci natura originem duxit, et antiquissimi juris est, ut docent verba Catonis de degustatione vini intra triduum facienda — de re rustica 148. cf. etiam Marquard de jur. mercat. pg. 285, qui profert privilegium sociorum Hansae in terris Hispaniae, ex quo merces venditae eodem temporis spatio explorandae et notandae erant.

Vitia, quae perscrutationem legitime factam fefellerunt, emptor s t a t i m, u t p r i m u m i n v e n i t ea, venditori nota facere debet. art.s 347s claus.s 3a. Hanc legis dispositionem, quamquam expressa verba ad negotia ex distantia facta eam referunt, procul dubio ad negotia localia art.s 346s extendere debemus, cum eadem ratio, ex qua emptor cogitur de vitiis repertis, vel quae legitimam perscrutationem fugere non potuerint, cum in negotio locali, tum ex distantia facto, venditorem traditione facta statim objurgare, et pollere debeat in utroque negotio, si vitia latentia postea in lucem proferuntur.

Negotio ex distantia facto illud unum, quod jam supra memoravimus, peculiare est, ut acceptio mercatoria non in idem incidat momentum cum legali possessionis translatione, quod contra in negotio uno et eodem loco peracto ex regula fieri debet. Quod negotii ex distantia facto proprium certe probat, explorandi obligationem in tali negotio emptori non ex priore tempore posse obtrudi, q u a m e o, q u o p r i m u m m e r c e a d v e c t a p e r l u s t r a n d i p o t e s t a s e i s i t d a t a, minime vero sufficiens praebet argumentum, peracta ipsa reali acceptione, discrimen statuendi inter duo negotia.

---

*) Art.s 346s Thoel, Handels-R. §. 85b.

Reprobamus igitur, quae summ. jud. mercatorium edicit in sent. lat. 2. Mart. 1871. Stegem. II. 66, ut in negotio locali ad usum loci vel jura territorialia recurrendum sit, nec liceat art.[i] 347[i] dispositiones per analogiam ad negotium locale trahi.

Vitia, quae invenit emptor sex mensium spatio elapso post mercis acceptionem, notari nequeunt — art.[s] 349[s] — et actiones, quibus emptor vitiorum compensationem exigit, praescribuntur eodem tempore — art.[i] 349[i] claus. altera. Exceptiones emptori salvae manent notificatione ex art.[i] 347[i] dispositionibus legitime peracta.

Contrahentibus claus. alt. art.[i] 349[i] concedit, ut temporis spatium a lege definitum protrahant, vel in arctum contrahant, legibus vero territorialibus vel usu mercatorio, non nisi ut reddant brevius. art.[i] cit.[i] cl. 4[a]. Contra venditorem, qui dolum fecit, art.[s] 350[s] emptori reservat jura.

de computatione ejus quod interest.

Insuper aliqua memoranda habemus de computatione ejus, quod interest, in emptione venditione mercatoria.

Jam supra, ubi de mora et quae sequuntur ex ea, tractavimus, in negotiis mercatoriis indicavimus severiorem quandam morae et culpae interpretationem, quam vitae quotidianae consuetudinibus usitatam. Haec severior interpretatio et in iis enitet, quae sequuntur secundum legis dispositiones ex mora vel culpa commissa, cum art.[s] 283[s] disponit:

> eum, qui, ut damnum sibi sarciatur, exposcere possit, *cum damno emergenti et lucrum interceptum* exigere posse.

Hac dispositione plane quaestio illa de culpae gradibus radicitus praeciditur in jure mercatorio, et in causis mercatoriis id tantummodo explorandum erit, utrum reus commiserit culpam, de qua respondere debeat, nec ne.

Ex qua culpa damni sarciendi obligatio initium capiat, generalibus dispositionibus non definivit codex noster. Hac igitur in quaestione dijudicanda juris civilis praecepta observanda sunt, aeque ac in culpae ex utraque parte commissae compensatione.

Quod damni sarciendi obligatio ex diversis culpae gradibus initium capere possit, cod. nost. diversis locis statuit. E. g. art.[s] 94[s] socium socio suo, ut eandem praestet diligentiam, quam in suis, obligavit, art.[s] 343[s] diligentiam probi negotiatoris requirit, art[s] 281[s] et 344[s] probi mercatoris diligentiam. Ubiubi vero ex cod.[s] leg. mercatoriarum vel communis juris dispositionibus concedere debemus, ut exposcat actor damni compensationem, in causis mercatoriis lucri intercepti exactionem ei denegare non possumus.

Haec ratio cum primum in conspectum venit, omnino probanda videri possit, quia ad exaequationem diversi juris particularis nititur, cf. act. Norimbergens. pg. 1309, in suo fine vero magis providet mercatorum commodo, quam causis non mercantium.

In damni aestimatione spectare debemus:

primum, damnum, quod datur omittendo plane contractus adimpletionem.

a. Quoad negotia fixa cod. noster. emptoris damnum singulari modo aestimat respectu earum rerum, quarum pretia in foris mercatoriis vel bursis notantur, statuendo:

pretii, investigati tempore debitae praestationis eo loco, quo praestanda erat merx, differentiam cum pretio, de quo convenerint partes, ostendere summam, quam venditor emptori sarcire debeat. — art.[i] 257[i] claus. 3[a].

b. Venditori generaliter concessit cod. noster, ut merces refutatas venundandas curet, quod in negotiis fixis secundum art.[i] 257[i] claus.[m] 2[m] ratione earum mercium, quibus in foro vel bursa est certum pretium, statim perpetrandum est. Tunc vero ex eo, quod interest inter pretium, quod rediit e merce vendita et pretium, quod emptor solvere debuit, aestimatur damnum venditori datum.

Deinde. Si alteruter contrahentium non penitus satisfecerit debitis suis quoad quantitatem, respectu ejus, quod deest, secundum easdem rationes agendum erit.

Tertio. Ubi venditor qualitates rei debitae non rite praestitit art[s] 348[s] praeviam explorationem a viris gnaris sub auctoritate judicis mercatorii, faciendam, permittit.

Ceteroquin arbitrio emptoris permissum est, utrum redhibitoria an quanti minoris actione uti velit, et apto modo damnum computare.

Insuper memorandum est, cod. leg. mercatoriarum, ubi de computandi modo aliqua definivit, majoris damni probationem laeso reservare.

de negotio, quod vocant baratto.

Perlustraris ita summatim tantum in angustis opusculi finibus emptionis venditionis mercatoriae generibus, perpensaque vi ac potestate, quam obtinent inter ipsos contrahentes, negotium memorare debemus, in commercio non inusitatum, quod fluctuat inter emptionem venditionem et transmutationem, quodque verbo italico „Baratto" vocant. Negotii hujus natura in permutatione mercium est posita, quae vero non fit directe, sed sub forma emptionum venditionum ex utroque latere, ita ut pactum quidem non re, sed consensu contrahentium perficiatur, pretium vero aestimationis causa et ad praeparandam compensationem tantummodo constituatur, non ut solvatur. Treitschke, Kauf. §. 17. Thoel, H.-R. §. 63.

Talia negotia, cum omnino pendeant ex eo, quod partes pepigerint, certas normas, secundum quas arbitranda sint, constitui haud licet. Magnae mercaturae parum respondent, agendi libertatem coangustant et impediunt, cum fluctuationem mercis et pecuniae respicere saepe prohibeant. Antiquitus jam similia negotia apud Romanos in usu fuisse Gaji inst. 3. 141. docent.

de subministratione.

Longe majoris momenti in commercio, quam quod memoravimus baratto negotium, aliud est negotium, quod, qui composuerunt jus Borussicum, primum separaverunt ab emptione venditione sub nomine „Lieferungsvertrag" — contractus subministratorii — collationis. —

Codex legum mercatoriarum collationem copiae rerum fungibilium art.° 338° iis subjicit definitionibus, quae in emptione venditione obtinent, ex quo colligi possit, negotium

ipsum cum emptione venditione omnino confundi, ita ut supervacuum esset, ullam porro disquisitionem ei impendere. Quam opinionem, etsi non raro enuntiatur, omnino tamen reprobandam putamus, cum re vera nec ex generalibus negotii rationibus, nec secundum codicis mercatoriarum legum dispositiones possit comprobari, et cum in nounullis quoque quaestionibus, quae in commerciis mercatorum cum iis, qui producunt merces, moveri solent, interpretatione tam incongrua art.^{i} 338^{i} perfacile inducamur, ut omittamus, quae gravissimi sunt momenti in definiendis paciscentium relationibus.

Profecto non omne discrimen inter utraque negotia art.^{s} 338^{s} abolevit, nec qui composuerunt jus Borussicum supervacua subtilitate contractum, quo collationem se facturum, quis promisit, ab emptione venditione separaverunt.

Jam supra, ubi de condictione triticaria aliqua memoravimus, notandum erat, Romanos cum primum externam mercaturam alicujus momenti exercere coepissent, diversitates inter collationem promissam et venditionem fugere non potuisse, eamque posuisse praecipue in computando id, quod interest, si promissa deficeret praestatio.

Ex eadem ratione, qua apud Romanos haec discrepantia in frumento imperato sentiebatur, novis quoque temporibus in subvectionibus, quibus perpetuum militem alebant civitates, denuo prolata est.*)

Haec subvectionum militarium ratio iis quoque, qui composuerunt jus Borussicum, occasionem praebuit dispositionum constituendarum, — Th. I. Tit. 11. §. 981 — 987 — quibus subministrationem separato loco collocaverunt inter contractus, quorum obligatio in faciendo posita est.**)

Paragraphorum, quas allegavimus, verba cum complectantur generali modo omnem subministrationem, ultra legitimum et propositum saepe extenderunt, qui interpretati sunt jus Borussicum, et negotia subministrationi adnumeraverunt, quae aperte diversam demonstrant naturam. Alii contra diversitatem realem subministrationis et emptionis venditionis omnino negant.

*) cf. Struben rechtl. Bedenken 3. 92.

**) Bornemann System des Land-Rechts III. pg. 189.

Sane, ut collationis obligationem ab emptione venditione separare possimus, omnium primum negotium requirere debemus, quo res et pecunia permutatur, nec ipsum negotium definitione continetur emptionis venditionis, et latissimo sensu negotium tale subministrationis definitione comprehendi licet.

Cum vero emptionis venditionis notio principalis in transmutatione rei cum pecunia numerata sit posita, negotio similis indolis, quod tamen ab emptione venditione segregari liceat, peculiare aliquid accedere debet, quod emptionis venditionis notioni deest.

In infinita negotiorum varietate, quam frequens gignit mercatura, fieri non potest, quin nonnulla negotia perdifficile tantum certam juris definitionem admittant, et saepius dubitari licebit, cui contractuum generi justius adnumeretur negotium. Talia mixtae naturae negotia solis partium temperantur pactionibus, cumque constituantur ex mera contrahentium facultate, non ex innata juris notione, in definiendo juris rationes, rejicere ea debemus. Sunt vero alia negotia, quae non perficiuntur miscendo pacta diversae naturae, sed perspicua sua simplicitate diversitatem internam demonstrant ab emptione venditione, quamquam, si finem spectes, ad permutationem etiam tendunt rei cum pecunia numerata. Monstrare tantum opus erit. legm. ult.^{m} C. causa data causa non sec. 12. 4. ubi Celsus. causam „dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares,“ segregat ab emptione venditione et obligationem formulae subjicit, ob rem dati re non secuta, eique veram a venditoris obligatione vindicat discrepantiam.

Ut simili modo subministrationem ab emptione venditione segregare possimus, causam internam requirere debemus, quae permutationi pecuniae cum merce, qua fit empt. vend., admiscere possit momentum, hujus notione alienum.

Talis internae causae demonstratio peculiares certe affert difficultates, cum in negotiatione verbis „verkaufen, beschaffen, liefern, anstellen,“ vendere, procurare, submittere, componere — similibusque indistincte uti solent, ita ut penitus fere renuntiare experimento debeamus, ex verbis, quibus usi sunt contrahentes, ipsius negotii veram indolem certa aliqua fide arguendi.

Jus Borussicum, si verborum sensum sequimur, omne momentum tribuit comparationi — dem Verschaffen — et notionem subministrationis aliquo sensu ad similitudinem accedentem facit causae, quam Celsus momorat in cit. lege ult. C. 12. 4. Si vero in comparando tantum diversitatem emptionis venditionis et subministrationis ponere possemus, locationem conductionem operis sub notione subministrationis comprehendere deberemus, quae tamen cum ex juris communis, tum ex Borussici juris definitionibus alii generi contractuum adnumeratur.

Incongruum etiam et parum conveniens esset, conditionem, quae adimpleto contractu omni caret auctoritate, ultimam facere causam, qua nitatur discrepantia essentialis alterius ab altero contractu.

Ad juris Borussici opinionum propius accedit, tribuendo comparationi peculiare momentum Treitschke.*)

Alii diversitatem subministrationis et venditionis in eo ponunt, ut subministratio sit negotium, quo computatur quaestus ex jactatione mercium et nummorum, quem sperat se facturum esse, qui promisit collationem, intra tempus pactionis et solutionis, ita ut temporis adjectio cum tali intentione peculiare sit signum subministrationis.**)

Talem quoque temporis adjectionem tam magni momenti ducere non possumus, cum in omni mercatu lucri studium praevaleat, et ipsum commercium omnino fere nitatur praesentiendo mutationes, quae fiunt ratione pretii mercium et nummorum.

Foerster Theorie und Praxis II. 63. veram subministrationis indolem posuit in segregando adimplendi tempus a tempore pactionis atque in comparando sub forma afferendi.

Etiam Thoel Handels-R. §. 70 in definitione temporis, quo affere tenetur praebitor, essentiale posuit subministrationis, quamquam concedit, brevius sitne, an longius temporis spatium quod pactionem separat et solutionem, nihil referre.

Baron denique — Gruchot Beitraege II. i. – subministrationis notionem ita definivit, esse contractum, quo quis

---

*) Treitschke Kaufvertrag, §. 9.

**) Brakenhöft Rechts Lex. V. 54.

obligetur, ut rem, secundum singularem suam rationem incertam, certo pretio permutet.

Haec opinio, comparationem minoris tantum ducit momenti, quam qualitatem rei, de qua agitur, quamque, ut faciat singularem et specialem, sive segregando ex genere, sive colendo, fabricando vel quoquo alio modo, praebitorem obligatum ducit.

Et haec pactionis notio complures complectitur conditiones, quae justius segregantur; puta locationem conductionem operis.

Sane concedendum nobis est, res, quae subministratione comparantur, generis partes esse, et segregationem ex genere juste ipsius negotii essentiale putare Baronem, subministrationem vero rei specialis, quam statuit Thoel §. 70. I. 3., omnino esse rejiciendam, cum omne desit discrimen inter empt. vend. et subministrationem rei specialis.

Nec tamen omnem empt. vend. generis subministrationem recte nominare possumus, quamquam vulgaris commercii consuetudo generis emptionem libenter, subministrationis appellat nomine, si praestatio in futurum est collata.

Goldschmidt, Handels-Recht, §. 48, secundum codicis mercatoriarum legum art.i 271i num. 2m subministrationis peculiare momentum in comparatione rei putat positum, et subministrationem cum rerum fungibilium, tum rei specialis concedit, et ad art.m 338m notat:

subministrationes rerum fungibilium, quas art s cit. s subjicit juris definitionibus in emptione venditione obtinentibus, a generali notione articuli 271i Nro. 2o hactenus discrepare, ut non requirant praeviam comparationem realem vel in contrahentium intentione positam, rerum, quae subministrantur.

Ad hanc quoque opinionem sine praescriptione accedere non possumus.

Fundamento potissimum nobis videtur carens argumentatio, qua articulo 338o objicitur articuli 271i Nr.s 2s. Ut comparet praebitor res, quae subministrantur, plane est postulatio generalis art.i 271i Nro. 2o, quam iterare art.o 338o superfluum fuisset, cum termino technico „Lieferung“ inesset.

Rei specialis quoque subministrationem rejiciendam putamus.

Ut definiamus subministrationis exactam notionem, nullum alium procedendi modum invenire possumus, quam ut omnia colligamus negotia, quae vitae usus subministrationis nomine complecti solet, et segregatis iis, quae emptioni venditioni vel alii pacto procul dubio vindicari liceat, reliquorum indolem accuratius perscrutemus. Jam supra memoravimus quotidianae vitae consuetudinem vendendi et subministrandi notiones minime segregare, sed his verbis promisicue uti. Haec exaequatio in eo tantummodo temperatur, quod emptionem venditionem, quae statim adimpletur tradendo, subministrationis nomine omnimodo non appellant negotiantes, et cum adimpletionem contractus ab ipsa pactione distantem statuerunt paciscentes, ipsam traditionem appellare solent subministrationem, etsi in paciscendo verbo „emere" sint usi.

Negotiationis igitur consuetudo subministrationis — Lieferung — verbo dilatae adimpletionis notionem injungit.

Quod attinet rem, quae subministratur, quotidiani sermonis usus indistincte loquitur, cum de generis subministratione, velut frumenti, olei, sacchari, aliorum, tum rei specialis, operis, machinae vel equi, et vice versa de venditione operis conficiendi a venditore.

Quae vero pacta in conficiendo opere versantur, rectius quidem locationis conductionis notione comprehenduntur, etsi nonnulla jura particularia casu, quo conductor materiam quoque praebuit operis, emptionem venditionem praesumunt.

Omnia illa pacta a subministratione separari licebit, nec minus ea, quae praestationem intendunt rei specialis. Qui rem specialem certo pretio alteri praestandam promisit, eamque tempore pactionis jam possidet, certe nullam aliam suscipit obligationem, quam ut tradat rem, et perdifficile sufficiens inveniatur argumentum pactum tale ab emptione venditione segregandi, nisi forsan contrahentium intentiones demonstrent pactum de contrahendo. Si res praestanda in alterius sit potestate, vel emptionem venditionem rei alienae perficiunt, vel praebitor suscepit mandatum, cui admixtae sunt aliae conditiones, e. g. ut eventum praestaret.

Puto, promisisse Aulum se Titio subministraturum esse

ea viginti dolia saponis, quae Lucius heri emerit, vel equum, quo utatur praesenti tempore Cajus.

Vix ulla inveniatur causa, ex qua negotia talia, verborum gratia, quibus usi sunt paciscentes, ab emptione venditione separemus et proprio generi contractuum adnumeremus.

Restant igitur solae res fungibiles, quarum subministratio aliqua ratione causam praebeat, separatum constituendi contractum ab emptione venditione diversum.

In subministratione communis usus praeter distantiam quandam adimpletionis ab ipsa pactione, aliam requirit conditionem, quam ita definire possumus:

praebitorem ipsa contrahendo meditari quaestum, quem posteriore negotiatione ad effectum producturum speret, cum contra venditor ipso vendendo lucrum perficere studeat ex negotiatione antea facta.

Ex hac consideratione subministrationis notio comparationis — der Anschaffung — momentum recepit, et hac comparandi conditione planissime ab emptionis venditionis notione separatur.

Ab omnibus negotiis, quae consuetudo subministrationis nomine complectitur, quorumque designatione verbis utitur liefern, verschaffen, anschaffen, anstellen, subministrare, procurare, comparare, componere, aliisque segregari igitur oportet ea, quae spectant rem specialem, vel immediatam solutionem recipere debent, vel comparationem omnino non intendunt.

Restant tum ea negotia,

quibus res, natura vel ex partium intentione fungibiles, certo pretio se comparaturum esse, quis promisit,

et quaerere possimus, num omnino justa ratione negotia talia ab emptione venditione discernere debeamus. Quod esset negandum, nisi ex praebitoris obligatione, in comparando posita, officium ejus sequeretur comparatas res ei, cui subministratur advehendi, cum contra venditoris tantummodo sit, rem venditam tradere.

Codex mercatoriarum legum discrimen emptionis venditionis et subministrationis probavit art.° 271° Nro. 2., adnumerando subministrationem iis negotiis, quae negotia putantur mercatoria plane neglecta contrahentium qualitate — objective Handelsgeschäfte —, quod in emptione venditione simili extentione non statuitur.

Verba prementes art.^{m} 271^{m} ita nos interpretari posse, fatemur, legem mercatoriam rei quoque specialis permittere subministrationem, cum clausula altera articuli clausulam alleget primam, quae sane et „aliae res mobiles“ designat. Cum vero respiciamus, quae supra memoravimus de comparatione rei specialis, et reputemus art.^{m} 271^{m} ex suffragiis saepe iteratis duxisse originem, meris verbis vix interpretandi discrimen tribuere possimus.

Accedit, quod in actis Norimbergensibus nusquam certis et expressis verbis probata est rei specialis subministratio. Adde denique, quod art.^{s} 281^{s} magis spectat ad singulorum negotiorum qualitatem, sintne mercatoria ex propria sua indole nec ne, quam accurate circumscribere studet ipsam eorum ex juris definitionibus pendentem naturam.

Rei specialis igitur subministrationem provocando ad art.^{i} 271^{i} dispositionem comprobare non possumus, et quam notat art.^{s} 338^{s} rerum fungibilium comparationem solam, quam agnovit jus mercatorium, subministrationem ducere debemus.

Hoc negotium art.^{s} 338^{s} subjecit quidem dispositionibus in emptione venditione definitis, minime vero omnibus rationibus similem fecit emptioni venditioni, nec ullo modo discrepantiae disquisitionem amborum negotiorum superfluam reddidit et vanam.

Subministrationis notionem art.^{i} 338^{i} supplendam esse ex art.^{i} 271^{i} Nr.^{i} 2^{i} dispositione jam supra contra Goldschmidt notavimus. Similiter illa ex quotidianae vitae et commercii usu dilationis momentum recipere debet, et secundum jus mercatorium ita eam definiendam putamus,

> *subministrationem esse pactum, quo rerum fungibilium quantitatem certo pretio et tempore constituto alteri parti comparaturum esse quis polliceatur.**)

Negotium tale cum interpretamur secundum dispositiones in emptione venditione pollentes, ex ipsa negotii natura ac indole moderationem aliquam admittere debemus, puta respectu loci, quo adimpleri debet contractus, vel advectionis

---

*) Quae supra memoravimus negotia fixa plerumque sub notione subministrationis cadere debent.

impensarum, cum ex comparandi notione pateat, eo loco tradendas esse merces, quo habitat is, cui subministrantur, art.[s] 324[s], et expensis periculoque praebitoris.

de negotiis quae fiunt cum iis, qui producunt merces.

Subministrationis notione consuetudo quotidianae vitae etiam ea negotia complectitur, quae fiunt ab iis, qui producunt fructus terrae vel operarum, quos in mercatum proferre et vendere solent, priusquam percepti vel confecti sunt, et ut pretio fruantur prius, et ut de venditione sint securi.

Secundum ea, quae supra memoravimus, ex his negotiis a subministrationis notione segregare debemus ea, quae opificii regulis conficiuntur et opera singularia et quasi unica repraesentant, ideoque rei specialis habent naturam. Quatenus vero quae conficiuntur, rebus fungibilibus adnumerandae sunt, venditio quoque earum sub notionem subministrationis cadere potest. Quod et in negotiis, quibus fructus terrae vel rei rusticae nondum nati venduntur, obtinet.

Omnibus his negotiis momentum quoddam inest, cujus usque adhuc nec doctrina, nec fori usus rationem duxerunt sufficientem; conditionem putamus, quod plerumque promissarum rerum fungibilitas arctioribus sit circumscripta finibus, unde consequentias graves derivari liceat.

Spectant hae consequentiae praecipue ad praebitoris obligationem casu, quo contractus adimpletio sine ulla ejus culpa moratur vel omnino deficit.

Communem opinionem, quae omne periculum ei obtrudit, eumque obligatum putat, ut alteri parti id, quod ejus intersit, praestet, refutandam putamus, cum nitatur ignorata penitus notione fungibilitatis et ipsius negotii indole.

Qui subministrationem ab eo, qui producit mercem, paciscitur, id maxime intendit, ut res ab ipso opifice vel cultore terrae acquirat moderato pretio, quod nondum sensit mercatus incrementum, quo ut ipse fruatur, coëmit mercem, igiturque ex sua voluntate fungibilitatem rerum coëmptarum restringit ad ea, quae se producturum esse sperat venditor, vel operibus suis, vel colendo agrum suum.

In hoc coarctato gyro tantummodo coëmptionis lucrum ille quaerere debet, cum minore pretio emat, quam in ipso commercio res coëmptae venire solent.

Ex parte venditoris praeterea omnis justa causa desideratur, ex qua argui possit, eum fines propriae procreationis egressurum fuisse, nisi forsan mercaturam faciat propriam. Haec ratio semper fere in iis, qui fabricantur in officinis majoribus, quique mercatorum albo inscribuntur, adhibenda erit.

Nisi expressis verbis mercatores hujus generis aliter pepigerint, vix potestatem nobis vindicare possimus, genus, ex quo subministrare debent, ad ea restringendi, quae ipsi fabricati sunt, quod vero in operario et agricultore omnimodo fieri debet.

Haec fungibilitatis circumscriptio secundum venditoris facultatem fabricandi vel colendi res subministrandas, ad interpretandam ipsam ejus obligationem plurimum refert; Quatenus extendere debemus genus, ex quo comparandum est, eousque venditor res promissas quaerere easque sui periculi facere cogitur. Ubicunque vero fungibilitatis ambitum restringi licet ad ea, quae ab ipso promissore conficiuntur vel coluntur, in his tantum coarctatis finibus periculum praestare potest, ultro nulla ejus est obligatio.

E. g. si agricola tempore verno C. mod. secalis mense Sept. se praestaturum esse promisit, vel operarius, qui mercaturam non exercet, intra trium mensium spatium certam quantitatem mercium pollicitus est, maximi sane erit momenti, utrum pactionem ita interpretari debeamus, ut secale ex toto genere praebere teneatur agricola, et operarius ex omnibus ab aliis quoque confectis mercibus, an liceat nobis utriusque obligationem circumscribere secundum earum rerum copiam, quas ipsi fabricati sunt vel coluerunt.

Priorem statuentes conditionem agricolam obligatum ducere debebimus, ut promissum secale exhibeat, etsi totam messem grandine percussam amiserit, nec minus operarium, qui incendio orto promissas merces fabricari prohibetur, ut ab alias coëmat, quas ipse fabricari non potuit, vel id, quod interest, praestet.

Cum contra fungibilitatem earum rerum, quas praestare

tenetur promissor, ad eas restringamus, quas ipse fabricatus est vel coluit, necessario promissorem, culpa carentem, obligatum ducere non possumus, ut damnum ex morata vel omissa adimpletione datum sarciat alteri parti.

Ut nobis quidem videtur, in omnibus negotiis, quae fiunt cum iis, qui producunt vel fabricantur res promissas, quaeque futuram spectant subministrationem, ex ipsius negotii natura augurandam esse contrahentium intentionem, ut restringatur negotium secundum prolatam rationem, quodque eousque probandum putamus, donec conditiones casus in terminis manifeste doceant contrarium consilium.

Cogunt ad hanc opinionem rationes, ex quibus coëmunt mercatores ab iis, qui producunt merces, minore pretio, quam in ipso mercatu solito, quaeque non permittunt, ut promissori obtrudatur periculum, quod justo pretio non compensetur.

Adde, quod is, qui mercem promisit, quam fabricari vel colere intendit, promittendo subministrationem minime meditatur negotium, quod temporum et pecuniae ducit rationem, sed simplicem venditionem earum rerum, quas se suis operibus posse comparare sperat.

Talem contrahentium voluntatem interpretandi modum art.^{i} 278^{i} dispositione penitus probatum putamus.

Quae protulimus rationes respectu eorum, qui producunt merces, ubique si adhiberentur, asperitates mitigarentur complures, quas, ad litteram si interpretamur codicis mercatoriarum legum dispositiones, nullo modo vitare possumus, quaeque operario et agricultori officia obtrudunt, quae suscipere plane nolebant, et emptori concedunt jura, quorum concessione in ipso mercatu longe majus pretium impendendum ei fuisset.

Usque ad id tempus, quo promulgatum erit commune obligationum jus novum, quod codicis mercat. legum dispositiones variis rationibus complere et immutare debet, jurisprudentiae erit, severa negotiorum ex art.^{o} 278^{o} interpretatione eos, qui producunt vel colunt merces tueri ab injusta spoliatione.

Perlustrata disquisitionis nostrae materia in statuto angusto gyro, ad finem properantes, breviter memoremus relationem communis obligationum juris, cujus promulgationem certo sperare possumus, ad codicis legum mercatoriarum quarti libri dispositiones.

Non eget sane multis argumentis hoc commune jus germaniae non modo diversorum jurum particularium locum obtinere debere, nec in subsidio mercatoriarum legum esse adhibendum, sed aequalem vim ac potestatem ei esse tribuendam. Componendum igitur erit ita, ut et consuetudinibus et usui negotiationis justam tribuat auctoritatem in negotiis quotidianae vitae, et omnino deleat discrepantiam inter negotia alienationem spectantia mercatoria et non mercatoria. Quod optimo fortasse modo efficiatur, cum codicis nostri dispositiones communis juris codice inserantur, exceptis videlicet iis, quae mera concernunt mercatoria negotia. e. g. negotia fixa.

In novo jure etiam juris mercatorii sanctiones, quae spectant ad venditionem mercium, si mora interveniat — art.^{s} 343^{s} 354^{s} —, ad denuntiationem vitiorum et optionis statim faciendam, — art.^{s} 347^{s} 356^{s} — recensioni diligenti subjiciendas putamus, cum hae commercio peculiares postulationes ab iis, qui merces minutim divendunt, plerumque jam negligantur et quotidianae vitae consuetudinibus male conveniant.

Tales conditiones simpliciores reddendae sunt, ni ab initio renuntiare velis juris civilis cum jure commercii exaequationi.

Nec minus morae notionem ad legitimum modum restringi oportet, cum in jure mercatorio, ut supra exposuimus, ita sit porrecta, ut morari saepe videatur, qui omni culpa caret. In primis etiam art.^{i} 283^{i} dispositio, ut damnum sarciatur computato etiam cessante lucro, ad negotia sensu stricto mercatoria referenda erit.

Negotiis denique eorum, qui fabricantur vel producunt merces, attentio peculiaris impendenda erit, ne, ut adhuc fieri solet, dijudicentur ex legum dispositionibus, quae commercii usui fortasse conveniuut, opificis vero et agricultoris commodo plane officiunt.

In extremis hoc nobis monere liceat, saepius nos sen-

tentias summorum judiciorum citasse, non quasi authenticas legis interpretationes, in quarum verba jurare liceat, sed quia persuasum habemus, in juris disciplina, quae ex ipsa sua indole perpetuam oxposcit conformationem secundum vitae et commercii consuetudines, summorum judiciorum opiniones ipsius conformationis essentialem esse partem, nec ad litteras spectantem materiem in illis congestam, quidquam perdere posse sui momenti, quod in decidendis causis specialibus sit adhibita.